

في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه

تأليف

الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي

مع حاشيته

منقولة من خط الشيخ سليمان ابن الشيخ عبد الله ابن الشيخ محمد بن عبد الوهاب رحمهم الله
وهي غير منسوبة لأحد ، والظاهر أنه هو الذي جمعها فجزاه الله خيرا ورحمه

الجزء الثاني

طبع على نفقة الشيخ علي ابن الشيخ عبد الله الثاني
حاكم قطر المعظم
وقد جعله وقفاً لله تعالى

وذلك باهتمام الفقير الى الله قاسم بن درويش فخرو

المطبعة السلفية - ومكتبتها


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع

وهو : مبادلة المال بالمال لغرض التملك . وله صورتان : إحداهما الايجاب والقبول ، فيقول البائع بعتك أو ملكتك ونحوهما ، ويقول المشترى ابتعت أو قبلت أو ما فى معناهما ، فان تقدم القبول الايجاب جاز فى إحدى الروايتين (١) ، وإن تراخى القبول عن الايجاب صح ما دام فى المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه (٢) والا فلا (٣) . والثانية المعاطاة (٤) مثل أن يقول

---

(١) قوله « فان تقدم القبول الخ » وهى المذهب لان المعنى حاصل به ، وهذا إذا وجد مايدل على البيع ، فلو قال قبلت ابتداء ثم قال بعتك لم ينعقد

(٢) قوله « ولم يتشاغلا بما يقطعه » أى عرفا لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه

(٣) قوله « والا فلا » أى فلا يصح فيما إذا تراخى عن الايجاب حتى انقضى المجلس ، لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء ، وكذا إذا تشاغلا بما يقطعه لأنهما صارا معرضين عن البيع

(٤) قوله « المعاطاة الخ » نص عليه وهو الصحيح من المذهب وهو المعمول به لعموم الأدلة ، ولأن البيع موجود قبل الشرع ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما ولم يعين له لفظا فوجب رده الى العرف كالقبض والحرز ولم يزل المسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولم ينقل عنه ﷺ ولا أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول فى بيعهم ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضى أن المعاطاة ليست من الإيجاب والقبول ، وهو تخصيص عرفى ، قال : والصواب أن الايجاب والقبول اسم لكل تعاقد ، فكل ما انعقد به البيع من الطرفين يسمى اثباته إيجابا والتزامه قبولا ، وظاهر كلام المصنف أنه لايصح البيع بغير الايجاب والقبول بالألفاظ المتقدمة بشرطها والمعاطاة وهو صحيح وهو المذهب ، واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة البيع بكل ماعده الناس بيعا من متعاقب ومتراخ من قول أو فعل انتهى ، وحكم الهبة والهدية والصدقة كذلك ، فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك فى الأصح

أعطنى بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه . وقال القاضى : لا يصح هذا إلا فى الشئ اليسير

فصـــل

ولا يصح الا بشروط سبعة : (أحدها) التراضى به [1] ، وهو أن يأتيا به اختيارا ، فان كان أحدهما مكرها لم يصح [2] إلا أن يكره بحق كالذى يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه

فصـــل

(الثانى) أن يكون العاقد جائز التصرف ، وهو المكلف الرشيد [3] ، إلا الصبى المميز والسفيه [4] فانه يصح تصرفهما باذن وليهما ، ولا يصح بغير إذنه إلا فى الشئ اليسير

---

(١) **قوله** « أحدها التراضى الخ » وذلك للآية ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « إنما البيع عن تراض » رواه ابن حبان ، ويستثنى منه ما إذا كان بيع تلجئة وأمانة أو من هازل

(٢) **قوله** « فان كان أحدهما الخ » هذا المذهب بشرطه ، وقال فى الفائق قلت ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال إكراهه

(٣) **قوله** « وهو المكلف الرشيد » والمراد به العاقل البالغ الرشيد ، فلا يصح بيع طفل ولا مجنون ولا سكران ولا نائم ولا مبرسم ولا شراؤه سواء أذن له وليه أم لا

(٤) **قوله** « إلا الصبى الخ » وهى المذهب وعليه أكثر الأصحاب لقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أى اختبروهم ، وإنما يتحقق بتفويض البيع والشراء إليه فصح تصرفه باذن وليه ، ويستثنى من محل الخلاف عدم وقف تصرف السفيه ، وظاهر كلام المصنف عدم صحة تصرف غير المميز مطلقا ، أما فى الكثير فلا يصح قولا واحدا ولو أذن فيه الولى ، وأما فى اليسير فالصحيح من المذهب صحة تصرفه وهـــو الصواب قطع به فى المغنى والشرح ، ويصح تصرف العبد والأمة بغير إذن السيد فيما يصح فيه تصرف الصغير بغير إذن وليه قاله الأصحاب

فصـــل

(الثالث) أن يكون المبيع مالا ، وهو ما فيه منفعة مباحـــة لغير ضرورة (١) ، فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبزره والنحل منفردا وفى كواراته ، ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التى تصلح للصيد فى إحدى الروايتين (٢) الا الكلب اختارها الخرقى (٣) ، والاخرى لا يجوز اختارها أبو بكر (٤) . ويجوز بيع العبد المرتد والمريض ، وفى بيع الجانى والقاتل فى المحاربة ولبن الآدميات وجهان (٥) ، وفى جواز بيع المصحف

على قوله « فانه يصح تصرفهما باذن وليهما » . وهو قول أبى حنيفة

(١) قوله « وهو ما فيه منفعة الخ » أخرج بالأول مالا نفع فيه كالحشرات وبالثانى ما فيه منفعة محرمة كالخمر والخنزير ونحوهما وبالثالث مافيه منفعة مباحة للضرورة كالكلب

(٢) قوله « ويجوز بيع الهر الخ » وهو المذهب

(٣) قوله « إلا الكلب » أى لايجوز بيعه رواية واحدة ، وكذا آلة خمر ولهو ولو كانا ذميين

(٤) قوله « والأخرى لايجوز الخ » وابن أبى موسى واختاره صاحب الهدى ، فاما الهر فلما روى عن جابر رضى الله عنه أنه « سئل عن ثمنه فقال زجر النبى ﷺ عنه » رواه مسلم . وعنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن السنور » رواه أبو داود . وأما الفيل وسباع البهائم فلأنها نجسة كالكلب ، وأجيب بالفرق بأنه يجوز اقتناؤها مطلقا بخلاف الكلب ، ولا يجوز بيع قرد لأجل اللعب على الصحيح من المذهب وان كان لأجل حفظ المتاع ونحوه فقيل يصح اختاره ابن عقيل ، ويصح بيع طير لأجل صوته كالهزار والبلبل والببغاء ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : يجوز بيعه إن جاز حبسه ، وفى جواز حبسه احتمالان

(٥) قوله « وفى بيع الجانى الخ » أصحهما وهو المنصوص يجوز وهو المذهب ، فعلى المذهب لو كانت الجناية عمدا أو خطأ على النفس وما دونها . ثم ينظر فان كان البائع معسرا بأرش الجناية فسخ البيع وقدم حق المجنى عليه لتعلقه به ، وان =

وكراهة شرائه وإبداله روايتان (١) ولا يجوز بيع الحشرات والميتة ولا شيء منهما ولا سباع البهائم التى لا تصلح للصيد ولا الكلب (٢) ولا السرجين النجس ولا الأدهان النجسة (٣) ، وعنه يجوز بيعها لكافر يعلم نجاستها ،

= كان موسرا بالأرش لزمه وكان البيع بحاله لانه بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه ، فاذا باعه فقد اختار فداءه . وأما المشترى إذا لم يعلم فله الخيار بين أخذ الأرش أو الرد ، فان عفا عن الجناية قبل طلبها سقط الرد والأرش ، وإذا قتل ولم يعلم المشترى بأن دمه مستحق تعين الأرش لاغير ، وهو من المفردات ، ويأتى هذا بعينه فى كلام المصنف فى آخر خيار العيب . ولا يصح بيع من نذر عتقه على الصحيح من المذهب قال فى الفروع : الأشهر منعه

(١) قوله « وفى جواز بيع المصحف روايتان » احداهما لا يجوز ولا يصح وهو المذهب على ما اصطلحناه ، قال أحمد رحمه الله تعالى : لا نعلم فى بيع المصحف رخصة ، قال ابن عمر رضى الله عنهما : وددت أن الأيدى تقطع فى بيعها . والثانية يجوز روى عن الحسن والحكم لأنه ينتفع به أشبه كتب العلم ، وفى ثالثة يكره لأن ابن عمر وابن عباس وأبا موسى رضى الله عنهم كرهوا بيعه ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم ، وعلى الأولى لا يقطع بسرقته ولا يباع فى دين ولو وصى ببيعه نص عليه ، ويكره شراؤه وابداله فى رواية لأنه وسيلة إلى البيع المتضمن إذلال المصحف ، ولا يكره فى أخرى وهى المذهب قدمها فى المحرر وجزم بها فى الوجيز

(٢) قوله « وبيع الكلب » وذلك لما روى أبو مسعود الانصارى رضى الله عنه « أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن » متفق عليه . وعن أبى الزبير قال « سألت جابرا عن ثمن الكلب والسنور فقال : زجر النبى ﷺ عن ذلك » رواه مسلم ، وعنه عن النبى ﷺ « انه نهى عن ثمن السنور والكلب إلا كلب صيد » رواه النسائى وقال : ليس هو بصحيح

(٣) قوله « ولا الادهان النجسة » وذلك لما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام . فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام » ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك « قاتل الله اليهود ، ان الله لما حرم عليهم شحومها =

وفي جواز الاستصباح روايتان (١) ويخرج على ذلك جواز بيعها

فصـــل

(الرابع) أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه (٢)، فان باع ملك

= أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه » متفق عليه واللفظ لمسلم ، وعن ميمونة رضي الله عنها « ان فأرة وقعت في سمن فماتت فيه ، فسئل النبي ﷺ عنها فقال : ألقوها وما حولها وكلوه » رواه البخاري . وعند أبي داود الطيالسي وأحمد والنسائي « في سمن جامد » وفي هذه الزيادة نظر ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « إذا وقعت الفأرة في السمن فان كان جامدا فألقوها وما حولها وان كان مائعا فلا تقربوه» رواه أحمد وأبوداود ، وقال البخاري هوخطأ ، وقال الترمذي هو حديث غير محفوظ ، وقال أبوحاتم هو وهم

قوله « ولا الأدهان النجسة » أي في ظاهر كلام أحمد للأمر باراقته ، وقال ابن المنذر في كتاب الاشراف : واختلف أهل العلم في السمن المائع الذي سقطت فيه الفأرة ، فقالت طائفة : ينتفع به ولا يؤكل روى ذلك عن ابن عمر وأبي سعيد وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والليث وسفيان الثوري والشافعي ، وقال أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى : يطلى به السفن وكذلك قال إسحاق وأصحاب الرأي . وكرهت طائفة بيعه والانتفاع به ، هذا قول عكرمة ومالك ، قال أبو بكر : وبهذا أقول ، والنبي ﷺ الحجة على الأولين والآخرين ، ولا يجوز بيع شئ من ذلك والانتفاع به استدلالا بالأخبار الثابتة عن رسول الله ﷺ . انتهى

(١) قوله « وفي جواز الخ » إحداهما وهي المذهب يجوز روى عن ابن عمر واختاره الخرقي والشيخ تقي الدين ، ولا يجوز الاستصباح بشحوم الميتة ولا بشحم الكلب والخنزير ولا الانتفاع بشئ من ذلك قولا واحدا عند الأصحاب ونص عليه ، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى جواز الانتفاع بالنجاسات قال : سواء في ذلك شحم الميتة وغيره وهو قول الشافعي وأومأ إليه في رواية ابن منصور

(٢) قوله « الرابع أن يكون الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وصححه ، فهذا يدل على اشتراط كون المبيع مملوكا لبائعه ترك العمل به في المأذون لقيامه مقام مالكه

غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه لم يصح [١] ، وعنه يصح ويقف على إجازة المالك ، وإن اشترى له فى ذمته بغير إذنه صح [٢] ، فان أجازه من اشترى له ملكه وإلا لزم من اشتراه [٣] ، ولا يجوز أن يبيع مالا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه [٤] ، ولا يصح بيع مافتح عنوة ولم يقسم [٥] كارض الشام والعراق ومصر ونحوها إلا المساكن وأرضا

---

(١) قوله « فان باع ملك غيره الخ » وهو المذهب لعدم وجود شرطه ، وإذا بيع ملكه وهو ساكت فهو كما لو باعه بغير إذنه خلافا لابن أبي ليلى لأن سكوته إقرار يدل على الرضا كالبكر فى النكاح ، وأجيب بالفرق فان سكوتها دليل على الحياء المانع فى حقها بخلافه هنا

على قوله « وعنه يصح ويقف على إجازة المالك » أى فان أجازه نفذ ولزم البيع ، وهو قول مالك واسحاق وبه قال أبو حنيفة فى البيع ، فأما الشراء فيقع عنده للمشترى

(٢) قوله « وان اشترى له الخ » أى على الأصح لأنه متصرف فى ذمته وهى قابلة للتصرف ، وظاهره سواء سماه فى العقد أو لا ، والأشهر أنه يصح إذا لم يسمه وهو الصحيح من المذهب ، فان سماه فى العقد لم يصح على الصحيح

(٣) قوله « فان أجازه الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب ، وعنه لا يملكه من اشترى له ولو أجازه

[فائدة] حيث قلنا يملكه بالإجازة فانه يدخل فى ملكه من حين العقد على الصحيح من المذهب جزم به القاضى فى الجامع والمصنف فى المغنى وقدمه فى الفروع وقيل من حين الإجازة

(تنبيه) : لايصح شراؤه بعين ماله ما يملكه غيره ذكره القاضى ، واختار المؤلف وقوفه على الإجازة ، ومثله شراؤه لنفسه بمال غيره

(٤) قوله « ولا يجوز أن يبيع الخ » بغير خلاف نعلمه لحديث حكيم

(٥) قوله « ولا يصح بيع مافتح عنوة الخ » هذا المذهب بلا ريب ، وهو قول عمر وعلى وابن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم ، قال الأوزاعى لم يزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء الجزيرة ويكره علماؤهم ، وعنه يصح ، ذكرها =

من العراق فتحت صلحا وهى الحيرة وألليس وبانقيا وأرض بنى صلوبا ؛ لأن عمر رضى الله عنه وقفهـا على المسلمين وأقرها فى أيدى أربابهـا بالخراج الذى ضربه لهـا أجرة فى كل عام ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها ويجوز اجارتها (١) ، وعن أحمد رحمـه الله تعالى أنه كره بيعها وأجاز شراءها ، ولا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها (٢) ، وعنه يجوز

= الحلوانى واختارها الشيخ تقى الدين وذكرها قولا عندنا ، قلت والعمل عليه فى زمننا ، وقد جوز الامام أحمد رحمه الله تعالى إصداقها قاله المجد ، وعنه يصح الشراء دون البيع ، وعنه يصح لحاجة

[فائدة] لو حكم بصحة البيع حاكم صح . لانه مختلف فيه ، وكذا لو رأى الإمام المصلحة فى البيع ، قاله المصنف والشارح

على قوله « وألليس » * مدينة بالجزيرة

على قوله « وبانقيا » * من تحت ناحية بالنجف دون الكوفة

(١) قوله « ولم يقدر مدتهـا الخ » هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن المأخوذ منهم أجرة فيجب تقدير مدتها كسائر الإجارات ، فأجاب بالفرق من حيث ان عموم المصلحة موجود هنا بخلاف ما إذا آجر ملكه لانسان ، فان قيل لو كانت أجرة لم يؤخذ عن النخل والكرم لعدم صحة إجارة ذلك ، فالجواب أن المأخوذ هناك عن الأرض ، إلا أن الاجرة اختلفت لاختلاف المنفعة فالمنفعة بالارض التى فيها النخل أكثر

(٢) قوله « ولا يجوز بيع رباع مكة الخ » بكسر الراء جمع ربع وهو المنزل ودار الإقامة ، هـذا المذهب المنصوص لما روى سعيد بن منصور عن مجاهد مرفوعا « مكة حرام بيعها حرام إجارتها » وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا أنه قال « مكة لا تباع رباعها ولا تكرى بيوتها » رواه الأثرم ، وهذا مبنى على أن مكة فتحت عنوة وهو الصحيح بدليل أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابة ، ولو فتحت صلحا لم يجز قتل أهلها ولم تقسم بين الغانمين

على قوله « ولا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها » * وهو قول أبى حنيفة ومالك والثورى وأبى عبيد

ذلك (١) ، ولا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر (٢) ولا ما فى المعادن الجارية كالقار والملح والنفط ولا ما ينبت فى أرضه من الكلأ والشوك ، ومن أخذ منه شيئا ملكه إلا أنه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه ، وعنه يجوز بيع ذلك (٣)

فصل (الخامس) أن يكون مقدورا على تسليمه ، فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير فى الهواء (٤) ولا السمك فى

---

(١) قوله « وعنه يجوز ذلك » اختاره المؤلف بناء على أنها فتحت صلحا ، واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جواز بيعها فقط واختاره فى الهدى لأن عمر رضى الله عنه اشترى من صفوان بن أمية دارا باربعة آلاف درهم ، واشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة إحداهما بستين ألفا والأخرى باربعين ألفا ، وجوابه ان ذلك كان على سبيل الاستنقاذ ، مع أن عمر رضى الله عنه اشترى ذلك للمصلحة وجعله سجنا ، يؤيده فعله ذلك فى أرض السواد ، وعلى المنع إن سكن بأجرة معينة لا يأثم بدفعها ، وعنه بلى ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : هى ساقطة يحرم بذلها ، والحرم كمكة نص عليه

(٢) قوله « ولا يجوز بيع الخ » هذا مبنى على أصل وهو أن الماء العد والمعادن الجارية والكلأ النابت فى أرضه هل يملك بملك الارض قبل حيازتها أم لا يملك ؟ وفيه روايتان : إحداهما لا يملك قبل حيازها مما تراد له وهو المذهب

(٣) قوله « وعنه يجوز الخ » لأنه خارج من ملكه ، وعلى الأول المنع فيه قبل حيازته ، فأما بعدها فلا ريب أنه يملكه لما روى « أنه ﷺ نهى من بيع الماء إلا ما حمل منه » رواه أبو عبيد فى الأموال ، وعلى ذلك مضت العادة فى الأمصار

على قوله « فلا يجوز بيع الآبق » وعنه يصح بيع آبق لقادر على تحصيله ذكره فى المغنى والشرح ، فان عجز عن استنقاذه فله الفسخ لأنه إنما صح لظن القدرة

(٤) قوله « فلا يجوز بيع الآبق الخ » لما روى مسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا أنه نهى عن بيع الغرر ، وفسره القاضى وجماعة ما تردد =

الماء [1] ولا المغصوب إلا من غاصبه أو من يقدر على أخذه

فصـــل

(السادس) أن يكون معلوما [2] برؤية أو صفة تحصل بها معرفته [3]، فان اشترى ما لم يره ولم يوصف له أو رآه ولم يعلم ما هو أو ذكر له من صفته ما لا يكفى فى السلم لم يصح البيع [4]، وعنه يصح وللمشترى خيار الرؤية [5]، وإن ذكر له من صفته ما يكفى فى

= بين أمرين ليس أحدهما أظهر، والآبق كذلك لأنه تردد بين الحصول وعدمه مع أن فيه نهيا خاصا رواه أحمد عن أبي سعيد رضى الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد وهو آبق» وظاهره لافرق بين أن يعلم خبره أم لا

(١) قوله «والسمك الخ» لما روى أحمد عن ابن مسعود رضى الله عنه مرفوعا «لاتشتروا السمك فى الماء فانه غرر» قال البيهقي فيه انقطاع

(٢) قوله «أن يكون معلوما» أى عند المتعاقدين برؤية مقارنة له أو لبعضه إن دلت على بقيته نص عليه، فرؤية أحد وجهى ثوب خام تكفى لامنقوش وكذا رؤية وجه الرقيق وظاهر الصبرة المتساوية الأجزاء من حب وتمر ونحوهما وما فى الظروف من مائع متساوى الاجزاء وما فى الأعدال من جنس واحد، ولا يصح بيع الانموذج بأن يريه صاعا ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه على الصحيح من المذهب، وقيل ضبط الأنموذج كذكر الصفات، نقل جعفر فيمن يفتح جرابا ويقول: الباقى بصفته، إذا جاء على صفته ليس له رده، قلت وهو الصواب، قال فى الفروع: قال القاضى وغيره وما عرف بلمسه أو شمه أو ذوقه فكرؤيته

(٣) قوله «أو صفة الخ» على الأصح كالصفة التى تكون فى السلم لأنها تقوم مقام الرؤية، والمبيع يتميز بما يصفه العاقد، والشرع قاض بالاعتماد على قوله بدليل قبول قوله إنه ملكه ولأنه مبيع معلوم للمتعاقدين مقدور على تسليمه فصح كالحاضر، وظاهره أن البيع بالصفة مخصوص بما يجوز السلم فيه لا غيره صرح به فى المحرر والشرح، فعلى هذا يصح بيع أعمى وشراؤه كتوكيله

(٤) قوله «فان اشترى الخ» فى قول الجمهور لعدم العلم بالمبيع

(٥) قوله «وعنه يصح الخ» اختاره الشيخ تقى الدين لعموم قوله تعالى =

السلم (١) أو رآه ثم عقد بعد ذلك بزمن لايتغير فيه ظاهرا صح فى أصح الروايتين (٢) ، ثم إن وجده لم يتغير فلا خيار له ، وإن وجده متغيرا فله الفسخ (٣) ، والقول فى ذلك قول المشترى مع يمينه . ولا يجوز بيع الحمل فى

=﴿ وأحل الله البيع ﴾ ولأن عثمان وطلحة رضى الله عنهما تبايعا دارا بالكوفة وبالمدينة فتحا كما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة العقد ، وهذا إذا ذكر جنسه وإلا لم يصح رواية واحدة ، فعلى هذا للمشترى خيار الرؤية على الأصح لأنه روى عنه ﷺ أنه قال « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » والخيار لايكون إلا فى بيع صحيح وهو على الفور للخبر ، وقيل يتقيد بالمجلس كخياره ، وللمشترى فسخ العقد قبل الرؤية ، وقال ابن الجوزى لا ، والمذهب الأول لان الخبر من رواية عمر بن إبراهيم الكردى وهو متروك ، ويمكن حمله على ما إذا اشتراه بالصفة ثم وجده متغيرا ، والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يبطل العقد بموت أو جنون

(١) قوله « وإن ذكر له من صفته الخ » صح البيع فى ظاهر المذهب لما قلنا ، والثانية لايصح إلا بالرؤية لان الصفة لاتحصل العلم من كل وجه

(٢) قوله « أو رآه الخ » وهو قول الأكثر لأن المبيع معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حال العقد . والثانية لايصح حتى يراها حال العقد روى عن الحكم وحماد ، وظاهره أنه إذا كان الزمن يتغير فيه المبيع أنه لايصح صرح به فى المغنى والشرح ، فان كان يحتملهما وليس الظاهر تغيره صح لان الأصل السلامة

(٣) قوله « وان وجده متغيرا الخ » لأنه بمنزلة العيب وهو على التراخى إلا مايدل على الرضى من سوم ونحوه لا ركوبه الدابة فى طريق الرد ، وعنه على الفور ، وإن أسقط حقه من الرد فلا أرش . والبيع بالصفة نوعان : بيع عين معينة كبعتك عبدى التركى ويذكر صفاته فينفسخ العقد برده على البائع وتلفه قبل قبضه ، وبيع موصوف غير معين كبعتك عبدا تركيا ويستقصى صفات السلم فيصح البيع فى وجه اعتبارا بلفظه وفى آخر لا وفى ثالث يصح ان كان ملكه ، فعلى الأول حكمه حكم السلم يعتبر قبضه أو ثمنه فى المجلس فى وجه ، وقال القاضى يجوز التفرق فيه قبل القبض لأنه بيع حال أشبه بيع المعين فظاهره لايعتبر تعيين ثمنه ، وظاهر المستوعب وغيره يعتبر وهو أولى ليخرج عن بيع دين بدين ، وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى بيع الصفة والسلم حالا

البطن (١) واللبن فى الضرع (٢) والمسك فى الفار (٣) والنوى فى التمر (٤) ولا الصوف على الظهر (٥)، وعنه يجوز بشرط جزه فى الحال، ولا يجوز بيع الملامسة، وهو أن يقول بعتك ثوبى هـــذا على أنك متى لمسته فهو عليك بكذا، أو يقول أى ثوب لمسته فهو لك بكذا، ولا بيع المنابذة(٦)،

---

(١) قوله «ولا يجوز بيع الحمل الخ» لما روى سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا أنه نهى عن بيع المضامين والملاقيح، قال أبو عبيد المضامين ما فى أصلاب الفحول، والملاقيح ما فى البطون وهى الأجنة، وعلم منه أن بيع حبل الحبلة غير صحيح

(٢) قوله «واللبن الخ» لما روى ابن عباس رضى الله عنهما «أن النبى ﷺ نهى أن يباع لبن فى ضرع» رواه ابن ماجه والدار قطنى، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى إن باعه موصوفا فى الذمة واشترط كونه من هذه الشاة أو البقرة جاز كما لو قال أسلمت اليك فى عشرة أوسق من تمر هذا الحائط

(٣) قوله «والمسك الخ» وهو الوعاء الذى يكون فيه، ولانه مجهول فلم يصح بيعه مستورا كالدر فى الصدف، قال فى الفروع ويتوجه تخريج يجوز لانه وعاء له يصونه ويحفظه، واختاره فى الهدى، وعلى الأول إن فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه

(٤) قوله «والنوى الخ» ومثله البيض فى الدجاج، قال فى الشرح لا نعلم فيهما اختلافا للجهالة

(٥) قوله «والصوف الخ» لحديث ابن عباس رضى الله عنهما السابق: «نهى أن يباع صوف على ظهر أو سمن أو لبن». ولا يجوز بيع عسب الفحل لحديث ابن عمر رضى الله عنهما «انه ﷺ نهى عن عسب الفحل» رواه البخارى وهو ضرابه وكذا إجارته

(٦) قوله «الملامسة الخ» لما روى أبو هريرة رضى الله عنه «أنه ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة» متفق عليه. وفى الصحيح عن أبى سعيد رضى الله عنه «أن النبى ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة فى البيع» والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده ولا يقلبه، والمنابذة أن ينبذ كل رجل منهما ثوبه إلى =

وهو أن يقول أى ثوب نبذته إلىّ فهو علىّ بكذا . ولا بيع الحصاة (١) ، وهو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهولك بكذا ، أو يقول بعتك من هذه الأرض بقدر ماتبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا . ولا يجوز أن يبيع عبدا من عبيده ولا شاة من قطيع ولا شجرة من بستان (٢) ولا هؤلاء العبيد إلا واحدا غير معين ولا هذا القطيع الا شاة ، وان استثنى معينا من ذلك جاز (٣) ، وان باعه قفيزا من هذه الصبرة صح (٤) ، وان باعه الصبرة (٥)

= الآخر ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تقليب ، فتفسير أبى سعيد رضى الله عنه المنابذة نظرا إلى اللفظ ولذلك جعل النبذ من الطرفين ، وفى رواية أخرى المنابذة طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر اليه ، والملامسة لمس الثوب لاينظر إليه

(١) قوله « ولا بيع الحصاة » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أنه ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » رواه مسلم ، ولا يجوز بيع المعدن وحجارته والسلف فيه نص عليه ، ولا يصح بيع المغروس فى الأرض الذى يظهر ورقه كاللفت والفجل والجزر والقلقاس والبصل والثوم ، وقيل يصح واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ، وهو مذهب مالك

(٢) قوله « ولا عبدا من عبيده الخ » نص عليه وهو قول أكثر العلماء لأن ذلك غرر ويفضى إلى التنازع ، وكما لو قال بعتك شاة من هذا القطيع تختارها ، وضابطه أن كل ما لا يصح بيعه مفردا لايصح استثناؤه ، ويستثنى منه بيع السواقط للأمر

(٣) قوله « وان استثنى الخ » كقوله إلا هذا العبد وهما يعرفانه ، لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » قال الترمذى صحيح

(٤) قوله « وان باعه قفيزا الخ » هو مقيد بأن تكون الصبرة أكثر من قفيز ، وقيد أيضا بأن تكون أجزاؤها متساوية فلو اختلفت أجزاؤها لم يصح البيع على الصحيح من المذهب كصبرة بقال القرية لكونه يجمع مايبيع من البر مثلا أو الشعير المختلف الأوصاف ، وقيل يصح ويحتمله كلام المصنف

(٥) قوله « وان باعه الصبرة لم يصح » هذا المذهب وعنه يصح قلت وهو =

إلا قفيزا أو ثمرة الشجر إلا صاعا لم يصح [١] ، وعنه يصح ، وإن باعه أرضا إلا جريبا أو جريبا من أرض يعلمان جربانها صح وكان مشاعا فيها [٢] وإلا لم يصح [٣] وإن باعه حيوانا مأكولا إلا رأسه وجلده وأطرافه صح [٤] ،

= قوى ، ومحل الخلاف إذا لم يعلما قفزانها ، فأما إن علما قفزانها فيصح بلا نزاع ، وإذا استثنى من الحائط شجرة معينة صح فى الأصح لأنه معلوم

(١) قوله « أو ثمرة الخ » فى هذه المسألة طريقان : أحدهما أن حكم استثناء صاع من شجرة كاستثناء قفيز من صبرة وهى طريقة المصنف والشارح ، والطريق الثانى صحة استثناء صاع من شجرة ولو منعنا من صحته فى الصبرة وهى طريقة القاضى فى شرحه وقدمها فى الفروع فهذا المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة

على قوله « وعنه يصح » . لأنه عليه السلام « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » وهذه معلومة ، وذكره أبو الوفا المذهب فى رطل من اللحم

(٢) قوله « وإن باعه أرضا إلا جريبا الخ » أى لأن الارض إذا كانت عشرة أجربة فنى صورة الاستثناء كأنه قال بعتك تسعة أعشار هذه الأرض وهو معلوم بالمشاهدة ، وفى الثانية كأنه قال بعتك عشرها

(٣) قوله « وإلا لم يصح » أى إذا لم يعلما جربان الأرض ، لأن أجزاء الارض تختلف فاذا لم يتعين لم يصح لجهالته ، وذكره بعضهم اتفاق الأمة لانه لامعينا ولا مشاعا ، وفى بيع خشبة من سقف وفص من خاتم الخلاف ، وحكم الثوب كالأرض فيما ذكرنا ، وقال القاضى : ان نقصه القطع فلا لأنه غير قادر على التسليم إلا بضرر ، وجوابه أنه قادر على تسليمه مع الرضا ، وإذا قال بعتك من الأرض من ههنا إلى ههنا جاز لانه معلوم ، فلو قال بعتك عشرة أذرع منهـــا وعين الابتداء دون الانتهاء لم يصح نص عليه ، ومثله بعتك نصف هذه الدار الذى يليني قاله المجد ، وان قال بعتك نصيبى أو سهمى من هذه الدار وهما يعلمانه صح وإلا فلا

(٤) قوله « وإن باعه حيوانا الخ » هذا المذهب نص عليه لانه عليه الصلاة والسلام « لما خرج من مكة إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة فمروا براعى غنم فاشتريا منه شاة وشرطا له سلبها » رواه أبو الخطاب ، فان امتنع =

وإن استثنى حمله أو شحمه لم يصح (١) ويصح بيع ما مأكوله فى جوفه وبيع الباقلاء والجوز واللوز فى قشريه والحب المشتد فى سنبله

فصـــــل

(السابع) أن يكون الثمن معلوما ، فان باعه السلعة برقمها (٢) أو بألف ذهبا وفضة (٣) أو بمـا ينقطع به السعر (٤) أو بمـا باع به فلان أو بدينار

= المشترى من ذبحها لم يجبر على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الاكثر ويلزمه قيمته على التقريب ، ومحله إذا لم يشترط الذبح فان اشترطه لزمه ودفع المستثنى لانه إنما دخل على ذلك ، وللمشترى الفسخ بعيب يختص هـذا المستثنى ذكره فى الفنون ، قال فى الفروع ويتوجه لا ، وأنه ان لم يذبحه للمشترى الفسخ والا فقيمته كما روى عن على ولعله مرادهم ، ولو استثنى جزءا معلوما مشاعا من شاة صح على الصحيح قاله الفروع ونصره المصنف والشارح ، ولو استثنى مشاعا من صبرة أو حائط كثلث أو ربع أو جزءا كثلاثة أثمانه صح البيع والاستثناء على الصحيح من المذهب قال المصنف والشارح ذكره أصحابنا وقال أبو بكر وابن أبى موسى لايصح

(١) قوله « وان استثنى حمله الخ » هـذا المذهب سواء كان الحمل من أمة أو من حيوان لان ذلك مجهول وقد نهى عن الثنيا إلا أن تعلم . ولو استثنى رطل لحم أو شحم فهو كاستثناء الحمل على الصحيح من المذهب جزم به فى المحرر وغيره وقدمه فى الفروع ، وقال أبو الوفاء : المذهب صحة استثناء رطل من لحم

(٢) قوله « فان باعه السلعة برقمها » هو بمعنى المرقوم أى المكتوب عليها وهما يجهلانه أو أحدهما يصح للجهالة

(٣) قوله « أو بألف الخ » أى لان مقدار كل واحد من الالف مجهول أشبه ما لو قال بمائة بعضها ذهب ، وبناه القاضى وغيره على اسلام ثمن فى جنسين ، وصحح ابن عقيل اقراره بذلك مناصفة ، قال فى الفروع ويتوجه هنا مثله ، وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الإطلاق يقتضى التسوية

(٤) قوله « أو بما ينقطع الخ » هذا المذهب ، وعنه يصح واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله

مطلق وفى البلد نقود لم يصح (١) ، وان كان فيه نقد واحد انصرف اليه ، وان قال بعتك بعشرة صحاحا أو إحدى عشرة مكسرة ، أو بعشرة نقدا أو عشرين نسيئة لم يصح (٢) ، ويحتمل أن يصح (٣) . وان باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم لم يصح ، والثوب كل ذراع بدرهم صح (٤) . وان باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح (٥) ، وان باعه بمائة

---

(١) قوله « أو بما باع الخ » وهو المذهب ، وعنه يصح واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله

(٢) قوله « وان قال بعتك بعشرة الخ » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيعة » رواه أحمد والنسائى والترمذى وصححه ، ولابى داود « من باع بيعتين فى بيعة فله أوكسهما أو الربا » ، وما فسره المؤلف هو قول أكثر العلماء ، وقد جاء مفسرا فى حديث ابن مسعود ، ولان الثمن غير معلوم ومحله ما لم يفترقا على أحدهما ذكره فى الفروع

(٣) قوله « ويحتمل أن يصح » هذا تخريج لابى الخطاب من رواية ان خطت هـذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم ، وفرق بعض الأصحاب بأن ذلك جعالة وهذا بيع ، ويغفر فى الجعالة ما لا يغتفر فى البيع

(٤) قوله « وان باعه الصبرة الخ » هذا المذهب لأن البيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم ، وظاهره وإن لم يعلما قدر الصبرة والقطيع والثوب ، وهذا الحكم إنما هو فى بيع الصبرة جزافا على ما يأتى فلعل فى النسخ غلطا ، ويصح بيع الصبرة جزافا إذا جهلها البائع والمشترى نص عليه ، ولو علم قدرها البائع وحده حرم بيعها على الصحيح من المذهب نص عليه ، وعلى القول بالتحريم لا يبطل العقد وله الرد على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع والمغنى والشرح ، فلو علم المشترى وحده فهو كعلم البائع وحده

(٥) قوله « وان باعه من الصبرة الخ » وكذا معطوفيه وهو الصحيح من المذهب وقدمه فى المغنى والشرح والفروع ، لأن من للتبعيض وكل للعدد فيكون مجهولا بخلاف ماسبق لأن المبيع الكل لا البعض ، والثانى يصح قال ابن عقيل : هو الأشبه كما إذا آجره كل شهر بدرهم واختاره فى الفائق ، وإذا اشترى سمنا أو زيتا فى ظرف فوجد فيه ربا صح فى الباقى بقسطه من الثمن وله الخيار ولم يلزمه =

درهم إلا دينـــارا لم يصح ذكره القاضى (١) ، ويجىء على قول الخرقى أنه يصح (٢)

فصل فى تفريق الصفقة (٣)

وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه ، وله ثلاث صور : إحداها باع معلوماً ومجهولا فلا يصح (٤) ، الثانية باع مشاعا بينه وبين غيره كعبد مشترك بينهما أو ما يقسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح فى نصيبه بقسطه فى الصحيح من المذهب ، وللمشترى الخيار إذا لم يكن عالماً (٥)، الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير إذنه أو عبدا وحرا أو خلا وخمرا

= بدل الرب وألزمه شريح بقدره سمنا

(١) قوله « وان باعه بمائة درهم الخ » ومثله بدينار إلا درهما نقله أبو طالب لأن قيمة المستثنى مجهولة ويلزم من الجهل بها الجهل بالثمن والعلم به شرط

(٣) قوله « ويجىء الخ » يعنى إذا أقر واستثنى عينا من ورق أو ورقا من عين على ماذكره المصنف عنه فى كتاب الإقرار ، فعلى هذا يحذف قيمة المستثنى ، وصححه ابن عقيل بالمستثنى منه كله فلو قال بعتك بمائة درهم إلا قفيز حنطة لم يصح وجها واحدا لأنه استثناء من غير الجنس . وإذا أسرا ثمنا بلا عقد ثم عقداه بآخر فالأول هو الثمن ، ولو عقداه سرا بثمن وعلانية بأكثر فكنكاح ذكره جماعة

(٣) قوله « تفريق الصفقة » الصفقة المرة من صفق له بالبيعة والبيع ضرب بيده على يده ، وهى عقد البيع ، لأن المتبايعين يفعلان ذلك ، ومعنى تفريقها أى تفريق ما اشتراه فى عقد واحد

(٤) قوله « إحداها الخ » أى يتعذر علمه فلا يصح بغير خلاف نعلمه ، لأن ما بعضه مجهول يكون كله كذلك فلو قال كل منهما بكذا فوجهان بناء على أن علة المنع اتحاد الصفقة أو جهالة الثمن فى الحال

(٥) قوله « الثانية الخ » وهو المذهب كما قال لكون الثمن معلوما وبه يظهر الفرق بينهمــا وبين الصورة الاولى ، والثانية لا يصح لأن الصفقة جمعت حراما وحلالا، فغلب الحرام

ففيه روايتان : أولاهما لا يصح[١] ، والأخرى يصح فى عبده وفى الخل بقسطه[٢] ، وان باع عبده وعبد غيره باذنه بثمن واحد فهل يصح ؟ على وجهين[٣] ، وان جمع بين بيع وإجارة وصرف صح فيهما ويقسط العوض عليهما فى أحد الوجهين[٤] ، وان جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئا صفقة واحدة بطل البيع[٥] وفى الكتابة وجهان[٦]

---

(١) قوله « الثالثة الخ » جزم به فى الوجيز وصححه فى المغنى والشرح ، لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب

(٢) قوله « والأخرى الخ » وهو المذهب ، ومتى صح البيع كان للمشترى الخيار ولا خيار للبائع على الصحيح من المذهب . وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى يثبت له الخيار أيضاً

(٣) قوله « وإن باع عبده الخ » أحدهما يصح وهو المذهب ويقسط الثمن على قدر قيمتهما ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، لأن جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لواحد . ومثله بيع عبديه لاثنين بثمن واحد لكل منهما ، ولو كان لاثنين عبدان مفردان لكل واحد منهما عبد فباعهما لرجلين صفقة واحدة لكل واحد عبدا معينا بثمن واحد ففى صحة البيع وجهان أحدهما يصح وهو الصحيح من المذهب نص عليه ، فعلى هذا يقتسمان الثمن على قدر قيمتى العبدين على الصحيح

(٤) قوله « وان جمع الخ » صح فيهما نص عليه وهو المذهب لانهما عينان يجوز أخذ العوض عنهما منفردين فجاز أخذه عنهما مجتمعين كالعبدين ، واختلاف حكمهما لا يمنع الصحة كما لو جمع بين ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه . قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : يجوز الجمع بين البيع والإجارة فى عقد واحـــد فى أظهر قولهم ، ولو جمع بين بيع ونكاح بعوض واحد فقال : زوجتك ابنتى وبعتك دارى بمائة صح فى النكاح على الصحيح من المذهب ، جزم به فى الكافى والمغنى والشرح والمحرر

(٥) قوله « وان جمع بين كتابة الخ » وهو الصحيح من المذهب ، جزم به فى المغنى والشرح ، لأنه باع ماله لعبده القن كما لو باعه من غير الكتابة

(٦) قوله « وفى الكتابة وجهان » أحدهما يصح وهو الصحيح من المذهب =

فصـــل

ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها (١) ، ويصح النكاح وسائر العقود فى أصح الوجهين (٢) . ولا يصح بيع العصير ممن يتخذه خمرا ، ولا بيع السلاح فى الفتنة ولا لأهل الحرب ، ويحتمل أن يصح مع التحريم . ولا يصح بيع عبد مسلم لكافر (٣) إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح فى احدى الروايتين. وإن أسلم عبد الذمى أجبر على إزالة ملكه عنه (٤) وليس له كتابته ، وقال

= صححه فى المغنى والحاويين واختاره ابن عبدوس لأن البطلان وجد فى البيع فاختص به ، وقيل وعنه صحة البيع والكتابة ويقسط العوض على قيمتهما

(١) قوله « ممن تلزمه الجمعة الخ » لقوله تعالى ﴿ إذا نودى للصلاة ﴾ الآية فنهى عن البيع بعد النداء وهو ظاهر فى التحريم لانه يشغل عن الصلاة ويكون ذريعة الى فوتها أو بعضها ، وحينئذ لم ينعقد . والمراد به الذى بين يدى المنبر لانه كان على عهده ﷺ فتعلق الحكم به ، وقيل يصح مع التحريم . ومحل الخلاف إذا لم تكن حاجة ، فان كان ثم حاجة صح البيع جزم به فى الفروع ، والحاجة هنا كالمضطر الى الطعام والشراب إذا وجده يباع والعريان إذا وجد السترة تباع وكذا كفن الميت ومؤنة تجهيزه إذا خيف عليه الفساد بالتأخر ، وظاهر كلام المصنف أنه لو كان أحد المتعاقدين تلزمه الجمعة أن البيع لا يصح وهو المذهب

(٢) قوله « ويصح النكاح الخ » وهو المذهب ، وكالاجازة والصلح واختيار إمضاء البيع لان ذلك يقل وقوعه

(٣) قوله « ولا يصح بيع عبد الخ » هذا المذهب نص عليه لأنه ممنوع من استدامة ملكه عليه لأن فيه صغارا فمنع ابتداؤه كالنكاح ، وذكر بعض الأصحاب فى طريقته رواية بصحة بيعه لكافر كمذهب أبى حنيفة ويؤمر ببيعه أو كتابته

على قوله « فى احدى الروايتين » ، وهو المذهب

على قوله « وان أسلم عبد الذمى » ، سواء كان بيده أو يد مشتريه فرده بعيب

(٤) قوله « وان أسلم عبد الذمى الخ » لقوله تعالى ﴿ وان يجعل الله للكافرين ﴾ الآية ، ولأن فى إبقائه فى ملكه صغارا للمسلم ، وليس له كتابته على المذهب لأن =

القاضي له ذلك . ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه [1] وهو أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا أعطيك مثلها بتسعة ، ولا شراؤه على شراء أخيه [2] وهو أن يقول لمن باعه سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ، فان فعل فهل يصح البيع ؟ على وجهين [3] . وفي بيع الحاضر للبادي روايتان [4] :

= الكتابة لاتزيل ملك السيد عنه بل يبقى الى الأداء وهو غير جائز على قوله « أجبر على إزالة ملكه عنه » « ببيع أو هبة عتق

(١) قوله « ويحرم بيع الرجل الخ » لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ قال « لايبع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، إلا أن يأذن له » متفق عليه

(٢) قوله « ولا شراؤه الخ » أي لانه في معنى المنهي عنه ، وهو أيضا في معنى الخاطب ، والبيع يقع على الشراء ، ويسمى البائع والمشتري بيعين

(٣) قوله « فان فعل الخ » أي البيع الثاني أحدهما لايصح وهو المذهب . وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى يحرم الشراء على شراء أخيه فان فعل كان للمشتري الأول مطالبة البائع بالسلعة وأخذ الزيادة أو عوضها ، ودليل بطلان البيع قوله ﷺ « أيما رجل باع بيعا من رجلين فهو للأول منهما » رواه الخمسة ، وهو عام في مدة الخيار وبعده ، ويحرم سومه على سوم أخيه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « لايسم المسلم على سوم المسلم » رواه مسلم مع الرضى صريحا ، وقيل أو ظاهرا وقيل أو تساوى الأمران وقيل لا يصح ، فعلى المذهب يصح البيع على الصحيح من المذهب وقيل لايصح وإن حصل الرضى ظاهرا لم يحرم السوم على الصحيح من المذهب ، وسوم الاجارة كالبيع ذكره في الانتصار ، قلت وكذا استئجاره على إجارة أخيه حيث قلنا بخيار المجلس فيها ، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى في شرح المحرر : قلت واستئجاره على استئجار أخيه واقتراضه على اقتراض أخيه واتهابه على اتهاب أخيه مثل شرائه على شراء أخيه أو شرائه أو شرائه على اتهابه أو شرائه إصداقه ونحو ذلك بحيث تختلف جهة الملك

(٤) قوله « وفي بيع الحاضر الخ » لاريب أنه بيع منهي عنه لقوله ﷺ « لايبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم ، وعن =

إحداهما يصح ، والاخرى لايصح بشروط خمسة : أن يحضر البادى لبيع سلعته [١] ، بسعر يومها [٢] ، جاهلا بسعرها [٣] ، ويقصده الحاضر [٤] ،

═ أنس رضى الله عنه قال « نهينا أن يبيع حاضر لباد وان أخاه لابيه وأمه » متفق عليه ، والمعنى فيه أنه لو ترك القادم يبيع سلعته اشتراها الناس منه برخص ، فاذا تولى الحاضر بيعها فلا يبيعها إلا بغلاء فيحصل الضرر على أهل المدن

(١) قوله « أن يحضر البادى الخ » هذا المذهب لأنه متى لم يقدم الى موضع آخر لم يكن باديا

(٢) قوله « بسعر يومها » أى لأنه إذا قصد بيعها بسعر معلوم كان المنع من جهته لا من جهة الحاضر ، زاد بعضهم أن يقصد بيعها بسعر يومها حالا لا نسيئة

(٣) ﷺ « جاهلا الخ » أى لأنه إذا عرفه لم يزده الحاضر على ما عنده

(٤) قوله « ويقصده الحاضر » أى لأنه إذا قصده البادى لم يكن للحاضر أثر فى عدم التوسعة

[فائدة] يحرم التسعير ويكره الشراء به على الصحيح من المذهب ، قال ابن القيم رحمه الله تعالى فى الطرق : وأما التسعير فمنه ماهو ظلم محرم ، ومنه ماهو عدل جائز . فاذا تضمن ظلم الناس وإكراههم على البيع بغير حق بثمن لايرضونه أو منعهم مما أباحه الله لهم فهو حرام ، فاذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزياده على عوض المثل فهو جائز بل واجب ، فاما القسم الاول فمثل ما روى أنس رضى الله عنه قال : « غلا السعر على عهد النبى ﷺ فقالوا : يا رسول الله لو سعرت لنا . فقال : ان الله هو القابض الباسط الرازق المسعر وانى لارجو أن ألقى الله ولا يطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال » رواه أبو داود والترمذى وصححه ، فاذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلة الشئ وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله تعالى فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق ، وأما الثانى فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله تعالى ═

وبالناس حاجة إليها ، فان اختل شرط منها صح البيع ، وأما شراؤه له

= قال شيخنا : وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع ، ومن احتج على منع التسعير مطلقا بقول النبي ﷺ « ان الله هو المسعر القابض الباسط ، وانى لارجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال » قيل له هذه قضية معينة ليست لفظا عاما وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس محتاجون إليه ، ومعلوم أن الشئ إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه . فاذا بذله صاحبه كما جرت به العادة ولكن الناس تزايدوا فيه فهنا لا يسعر ، وقد ثبت فى الصحيحين « ان النبي ﷺ منع من الزيادة على ثمن المثل فى عتق الحصة من العبد المشترك فقال : من أعتق شركا له فى عبد وكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل لاوكس ولا شطط ، فأعطى شركاءه حصتهم وعتق عليه العبد فلم يمكن المالك أن يساوم المعتق بالذى يريد ، فانه لما وجب أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذى لم يعتقه لتكميل الحرية فى العبد قدر عوضه بأن يقوم جميع العبد قيمة عدل ويعطيه قسطه من القيمة فان حق الشريك فى نصف القيمة لا فى القيمة عند الجمهور وصار هذا الحديث أصلا فى أن مالا يمكن قسمة عينه فانه يباع ويقسم ثمنه إذا طلب أحد الشركاء ذلك ويجبر الممتنع على البيع ، وحكى بعض المالكية ذلك إجماعا وصار أصلا فى أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل لا بما يزيد من الثمن ، وأصلا فى جواز إخراج الشئ من ملك صاحبه قهرا بثمنه للمصلحة الراجحة كما فى الشفعة ، وأصلا فى وجوب تكميل العتق بالسراية مهما أمكن . والمقصود أنه إذا كان الشارع يوجب إخراج الشئ من ملك مالكه بعوض المثل لمصلحة تكميل العتق ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة فكيف إذا كانت الحاجة إلى التملك أعظم وهم إليها أضر مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره ، وهذا الذى أمر به النبي ﷺ من تقويم الجميع قيمة المثل هو حقيقة التسعير ، وكذلك تسلط الشريك على انتزاع الشقص المشفوع من يد المشترى بثمنه الذى ابتاعه به لا بزيادة عليه لاجل مصلحة التكميل لواحد فكيف بما هو أعظم من ذلك ؟ فاذا جوز له انتزاعه منه بالثمن الذى وقع عليه العقد لا بما شاء المشترى من الثمن لأجل هذه المصلحة =

فيصح رواية واحدة . ومن باع سلعة نسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما

= الجزئية فكيف اذا اضطر إلى ما عنده من طعام وشراب ولباس وآلة حرب وكذلك إذا اضطر الحاج إلى ما عند الناس من آلات السفر وغيرها فعلى ولى الأمر أن يجبرهم على ذلك بثمن المثل لا بما يريدونه من الثمن ، وحديث العتق أصل فى ذلك كله انتهى . وقد تنازع العلماء فى التسعير فقال مالك اذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأعلى من ذلك فانه يمنع ، واحتج مالك بما رواه فى موطإه عن يونس بن سيف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر رضى الله عنه إما تزيد فى السعر وإما ان ترفع من سوقنا . قال مالك : لو أن رجلا أراد إفساد السوق فحط من سعر الناس لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت . وأما أن يقول للناس يعنى كلهم لا تبيعوا إلا بسعر كذا فليس بصواب وذكر حديث عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى فى أهل الأبلة حين حط سعرهم لمنع البحر فكتب : خل بينهم وبين ذلك فانما السعر بيد الله . وأما الشافعى فانه عارض ذلك بما رواه عن الدراوردى عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر رضى عنه أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فقال له مدين لكل درهم فقال له عمر رضى الله عنه حدثت بعير من الطائف تحمل زبيبا وهم يعترون بسعرك فاما أن ترفع فى السعر واما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت . فلما رجع عمر رضى الله عنه حاسب نفسه ثم أتى حاطبا فى داره فقال : ان الذى قلت ليس عزمة منى ولا قضاء ، وإنما هو شئ أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع وكيف شئت اصنع ، قال الشافعى : وهذا الحديث ليس منتقضا وليس بخلاف لما رواه مالك ، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه ، وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول لأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لاحد أن يأخذها أو شيئا منها بغير طيب أنفسهم إلا فى المواضع التى تلزمهم وهذا ليس منها . انتهى ملخصا من الطرق . والصحيح من مذهب أحمد رحمه الله عند أصحابه أنه يحرم قوله بع كالناس وفيه وجه لا يحرم

باعها نقدا (١) الا أن تكون قد تغيرت صفتها . وان اشتراها أبوه أو ابنه جاز . وان باع مايجرى فيه الربا نسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه

---

(١) قوله « ومن باع سلعة الخ » هذه مسألة العينة وفعلها محرم على الصحيح من المذهب وهو قول جماعة من الصحابة ومن بعدهم منهم ابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال مالك واسحاق وأصحاب الرأى وأجازه الشافعى لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها كما لو باعها بثمن مثلها ، ولنا ماروى غندر عن شعبة عن أبى اسحاق السبيعى عن امرأته العالية قالت « دخلت أنا وأم ولد زيد ابن أرقم على عائشة رضى الله عنها فقالت أم ولد زيد : إنى بعت غلاما من زيد بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة نقدا ، فقالت لها : بئس ما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم أن جهاده مع رسول الله ﷺ بطل إلا أن يتوب . رواه أحمد وسعيد . ولا يقال مثل ذلك إلا توقيفا ولأنه ذريعة إلى الربا ليستبيح بيع الألف بخمسمائة إلى أجل ، والذرائع معتبرة فى الشرع وظاهره ولو بعد حل أجله نقله ابن القاسم ، فدل على أنه إذا اشتراها بعرض أو كان بيعها الأول بعرض فاشتراها بنقد جاز بغير خلاف نعلمه لأنه لا ربا بين الأثمان والعروض ، وظاهره أنه لا يجوز إذا اختلف النقد صححه المؤلف لأنهما كالشئ الواحد فى معنى الثمنية ، وقال الأصحاب : يجوز وهو المذهب لانهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما ، وكذا لو اشتراها من غير مشتريه وظاهره المنع كتوكيله ، وسميت عينة لأن مشترى السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أى نقدا حاضرا من فورها . ومن مسائل العينة لو باعه شيئا بثمن لم يقبضه ثم اشتراه بأقل مما باعه به نقدا أو غير نقد ذكره الأكثر ، وإذا باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فهى عكس العينة وهى مثلها نقله حرب إلا أن تتغير صفتها ، ونقل أبو داود يجوز بلا حيلة فلو احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوى مائة بثمانين (*) فلا بأس نص عليه وهى التورق ، وعنه يكره ، وحرمه الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ، نقل أبو داود ان كان لا يريد بيع المتاع الذى يشترى منك هو أهون فان كان يريد بيعه فهى العينة وان باعه منه لم يجز وهى العينة نص عليه

(*) كذا بالاصل كما فى المبدع ولعله بمائتين

من جنسه (١) أو مالا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز (٢)

باب الشروط فى البيع

وهى ضربان : (صحيح) وهو ثلاثة أنواع : أحـــدها شرط مقتضى العقد ، كالتقابض وحلول الثمن ونحوه فلا يؤثر فيه . والثانى شرط من مصلحة العقد ، كاشتراط صفة فى الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين به أو صفة فى البيع نحو كون العبد كاتبا أو خصيا أو صانعا أو مسلما والامة

على قوله « وان باع ما يجرى فيه الربا نسيئة » * كالمكيل والموزون والمطعوم

على قوله « ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه » * كما لو باعه غرارة قمح بمائة درهم فلما حل اشترى بها غرارة قمح

على قوله « وما لايجوز بيعه نسيئة » * كالو اشترى بثمن القمح غرارة شعير

(١) قوله « وان باع مايجرى فيه الربا نسيئة الخ » قال فى الانصاف واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى الصحة إذا كان ثم حاجة والا فلا انتهى . قلت وقد قرر فى ابطال التحليل أنه لايجوز الشراء قبل التقابض مطلقا ولم يقيده بحاجة ولا غيرها

(٢) قوله « لم يجز » هذا المذهب روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وسعيد ابن المسيب وطاوس وبه قال مالك وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلى ابن حسين والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى ، قال على بن حسين اذا لم يكن لك فى ذلك رأى . ولنا أن بيع ذلك ذريعة إلى بيع الربوى بالربوى نسيئة ويكون الثمن المعوض عنه بينهما كالمعدوم لأنه لا أثر له ، وعلله أحمد رحمه الله تعالى بأنه بيع دين بدين ، وجوزه الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لحاجة ، قال فى المغنى والذى يقوى عندى جوازه اذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك فى ابتداء العقد لقول على بن الحسين ؛ فظاهره إذا اشترى من المشترى طعاما بدراهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلم اليه لكن قاصه جاز صرح به فى المغنى

على قوله « أو الرهن أو الضمين به » * ومن شرط صحته أن يكونا معينين أى الرهن أو الضمين ، فان لم يعينهما لم يصح وليس له طلبهما بعد العقد

بكرا والدابة هملاجة والفهد صيودا فيصح ، فان وفى به وإلا فلصاحبه الفسخ ، وان شرطها ثيبا كافرة فبانت بكرا مسلمة فلا فسخ له ، ويحتمل أن له الفسخ لان له فيه قصدا [1] ، وان شرط الطائر مصوتا أو أنه يجىء من مسافة معلومة صح ، وقال القاضى : لا يصح . الثالث أن يشترط البائع نفعا معلوما فى المبيع كسكنى الدار شهرا وحملان البعير الى موضع معلوم [2] أو يشترط المشترى نفع البائع فى المبيع كحمل الحطب وتكسيره وخياطة الثوب وتفصيله فيصح [3] ، وذكر الخرقى فى جز الرطبة إن شرطه على البائع

على قوله « أو خصيا » « أو خلا

على قوله « والامة بكرا » « أو تحيض

على قوله « والدابة هملاجة » « أو لبونا

على قوله « وإلا فلصاحبه الفسخ » « أى إذا لم يتعذر الرد ، فاما إن تعذر الرد تعين له الأرش ، وان لم يتعذر فظاهر كلامه أنه ليس له إلا الفسخ لاغير وهو أحد الوجهين وهو ظاهر كلامه فى الشرح ، والصحيح من المذهب أن له الفسخ أو أرش فقد الصفة

(١) قوله « ويحتمل الخ » إذ المشترى قد لايطيق وطء البكر ، وطالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للسلمين وغيرهم وليستريح من تكليفها بالعبادات ، وإذا شرطها جعدة فبانت سبطة فله الخيار

على قوله « وان شرط الطائر مصوتا » « أو يبيض

(٢) قوله « الثالث الخ » ويستثنى منه الوطء فانه لا يصح اشتراطه بلا خلاف ، لما روى جابر رضى الله عنه أنه كان يسير على جمل قد أعيا فضربه النبى ﷺ فسار سيرا لم يسر مثله ، فقال بعنيه فبعته استثنيت حملانه الى أهلى متفق عليه يؤيده أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الثنيا إلا أن تعلم

(٣) قوله « أو يشترط المشترى الخ » أى يشترط أن يكون معلوما لأن محمد بن مسلمة رضى الله عنه اشترى من نبطى جرزة حطب وشرط عليه حملها ، وغايته أنه جمع بيعا وإجارة وهو صحيح والمراد أحدهما لاهما فتكون الواو بمعنى أو ، وإذا =

لم يصح فيخرج ههنا مثله ، وان جمع بين شرطين لم يصح (١)

فصـــل

الضرب الثانى (فاسـد) وهو ثلاثة أنواع : أحدها أن يشترط أحدهما على صاحبه عقدا آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يبطل البيع (٢) ، ويحتمل أن يبطل الشرط

= تراضيا بعوض النفع جاز فى الأشهر وهو كاجنبي مشترك ، فان مات أو تلف أو استحق فللمشترى عوض ذلك نص عليه

على قوله « كحمل الحطب وتكسيره وخياطة الثوب وتفصيله » « أو حصاد زرع أو جذاذ ثمرة وكضرب حديد مبيع سيفا أو سكينا بشرط علمه بان يعلم مثلا المحل المشروط حمل الحطب إليه فان لم يعلم النفع بأن شرط حمل الحطب على بائعه إلى منزله وهو لايعلمه لم يصح الشرط

على قوله « ان شرطه على البائع لم يصح » « والمذهب يصح

(١) قوله « وان جمع بين شرطين الخ » هذا المذهب لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال « لايحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا بيع ماليس عندك » رواه أبو داود والترمذى وصححه ، وظاهره كما قال القاضى فى المجرد سواء كانا صحيحين أو فاسدين زاعما أنه ظاهر كلام أحمد ومعتمدا إطلاق الخبر ، وبعّد فى الشرح كلامه ، والأشهر عن أحمد رحمه الله تعالى أنه فسرها بشرطين صحيحين ليسا من مصلحة العقد بأن يشترى حزمة حطب ويشترط على البائع حملها وتكسيرها ، لاما كان من مصلحته كالرهن والضمين فان اشتراط مثل ذلك لايؤثر ولا ما كان من مقتضاه ولا الشرطين الفاسدين إذ الواحد كاف فى بطلانه ، وهذا اختيار الشيخين ، وفى المغنى والشرح ان كان من مقتضى العقد فلا يؤثر فيه بغير خلاف

على قوله « لم يصح » « وعنه يصح اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى قاله فى الفائق

(٢) قوله « فهذا يبطل البيع » هذا هو المذهب ، وهذه المسألة هى مسألة =

وحده (١) . والثانى شرط ما ينافى البيع (٢) نحو أن يشترط أن لاخسارة عليه ، أومتى نفق المبيع والا رده ، أوأن لايبيع ولا يهب ولا يعتق ، أو إن أعتق فالولاء له ، أويشترط أن يفعل ذلك فهذا باطل فى نفسه . وهل يبطل البيع ؟ على روايتين الا إذا شرط العتق ففى صحته روايتان (٣) إحداهما يصح

= بيعتين فى بيعة المنهى عنها قاله الإمام أحمد رحمه الله تعالى ، ونقل أبو داود إذا اشترى بكذا إلى شهر كل جمعة درهمان قال هذا بيعتان فى بيعة ، وكذلك كل ما فى معنى ذلك مثل أن يقول على أن تزوجنى ابنتك أو على أن أزوجك ابنتى ، قال ابن مسعود رضى الله عنه : صفقتان فى صفقة ربا . وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور العلماء

(١) قوله « ويحتمل الخ » هذا رواية لأن عائشة رضى الله عنهـا أرادت أن تشترى بريرة للعتق فاشترط أهلها ولاءها فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال « اشتريها واشترطى لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، فصحح الشراء مع إبطال الشرط ، وجوزه مالك وجعل العوض المذكور فى الشرط فاسدا وقال لا ألتفت الى اللفظ الفاسد إذا كان معلوما حلالا ، فكأنه باع السلعة بالدراهم التى ذكر أنه يأخذها بالدنانير

(٢) قوله « الثانى الخ » أما الشرط فباطل فى نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث بريرة « من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » متفق عليه ، وأما البيع ففيه روايتان إحداهما لايبطل وهو المذهب اختاره فى المغنى ونصره فى الشرح وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفروع لحديث بريرة قال ابن المنذر : هو ثابت لا نعلم شيئا يعارضه فالقول به يجب ، وبه قال الحسن والشعبى والنخعى والحكم وابن أبى ليلى وأبو ثور ، والثانية يبطل وهو قوله أبى حنيفة والشافعى لأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقدا أضر ، وإذا حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وللمشترى الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط

(٣) قوله « الا اذا شرط العتق الخ » وهو المذهب وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعى لأن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة وشرط عليها أهلها عتقها =

ويجبر عليه إن أباه ، وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشترى إن باعها فهو أحق بها بالثمن أن البيع جائز (١) ، ومعناه والله أعلم أنه جائز مع فساد الشرط . وإن شرط رهنا فاسدا ونحوه فهل يبطل ؟ على وجهين . الثالث أن

= وولاءها فانكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق ، والثانية الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط أن يبيعه وليس في حديث عائشة رضى الله عنها أنها شرطت لهم العتق إنما أخبرتهم أنها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها

(١) قوله « وعنه فيمن باع جارية الخ » وروى المروذى عنه أنه قال هو في معنى حديث النبي ﷺ « لاشرطان في بيع » يعنى أنه فاسد لأنه شرط أن يبيعه إياه وشرط أن يبيعه بالثمن الأول ، ونقل الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى نقل على بن سعيد فيمن باع شيئا وشرط عليه إن باعه فهو أحق به بالثمن جواز البيع والشرط ، وسأله أبو طالب عمن اشترى أمة بشرط أن يتسرى بها لا للخدمة قال لا باس به قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وروى عنه نحو عشرين نصا على صحة هذا الشرط ، قال وهذا من أحمد يقتضى أنه إذا شرط على البائع فعلا أو تركا في المبيع مما هو مقصود البائع أو للمبيع نفسه صح البيع والشرط كاشتراط العتق واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى صحة هذا الشرط بل اختار صحة العقد والشرط في كل عقد وكل شرط لم يخالف الشرع ، لأن إطلاق الاسم يتناول المنجز والمعلق والصريح والكناية كالنذر ، وكما يتناوله بالعربية والعجمية انتهى . ولو شرط على المشترى وقف المبيع فالصحيح من المذهب أنه ملحق بالشروط المنافية لمقتضى البيع ومحل هذه الشروط أن تقع مقارنة للعقد

على قوله « وإن شرط رهنا فاسدا » فسد لان الرهن وثيقة بالحق ليرجع إليه عند الاستيفاء اذا لم يمكن من غيره وهذا ممنوع من بيعه

على قوله « ونحوه » كخيار وأجل مجهولين ونفع بائع ومبيع ان لم يصحا أو تأخير تسليمه بلا انتفاع وكذا فناء الدار لا بحق طريقها فهل يبطل البيع والمنصوص صحته كما تقدم مع بطلان الشرط

يشترط شرطا يعلق البيع كقوله بعتك ان جئتنى بكذا أو ان رضى فلان[1]، أو يقول المرتهن ان جئتك بحقك فى محله وإلا فالرهن لك فلا يصح البيع[2]، إلا بيع العربون وهو أن يشترى شيئا ويعطى البائع درهما ويقول إن أخذته والا فالدرهم لك[3] فقال أحمد رضى الله عنه يصح لأن عمر رضى الله عنه

---

(١) قوله « ان جئتنى بكذا الخ » فلا يصح البيع وهو المذهب لان مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه وعنه صحة عقد لما تقدم وعنه صحتهما اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى كل العقود التي لم تخالف الشرع

(٢) قوله « أو يقول المرتهن الخ » يعنى مبيعا بما لك عندى من الحق وهو المذهب جزم به فى المغنى والشرح لقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن من صاحبه » رواه الأثرم وفسره أحمد رحمه الله تعالى بذلك وحكاه ابن المنذر عن جماعة من العلماء ، لأنه علقه على شرط مستقبل كالأولى . وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : لايبطل الثانى وان لم يأته صار له

[فائدة] ولو قبل المرتهن ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت ثم يصير مضمونا لأن قبضه صار بعقد فاسد ، وقال فى القواعد الفقهية والمنصوص عن أحمد فى رواية محمد بن الحسن أنه لايضمنه بحال لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه ، ويصح شرط رهن المبيع على ثمنه على الصحيح من المذهب نص عليه

(٣) قوله « إلا بيع العربون الخ » الصحيح من المذهب صحته لما روى نافع ابن عبد الحارث أنه اشترى لعمر رضى الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية فان رضى عمر والا له كذا وكذا ، وعند أبي الخطاب لايصح وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى لأنه ﷺ نهى عن بيع العربون رواه ابن ماجه ، ولانه شرط للبائع شيئا بغير عوض . وحكم الإجارة كالبيع ذكره فى الوجيز والفروع ، وإذا صححنا العقد دون الشرط فلمن فات غرضه منهما وقيل للجاهل بفساد الشرط الفسخ لأنه لم يسلم له ما عقد عليه ، أو أرش نقص الثمن بالغائه كالمعيب ، وقيل لا أرش ، وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ظاهر المذهب

على قوله « ويقول إن أخذته وإلا فالدرهم لك » ، وسواء وقت أو لم يوقت جزم به فى المغنى والشرح

فعله ، وعند أبي الخطاب لايصح ، وان قال بعتك على أن تنقدني الثمن الى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه ، وان باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ (١) ، وعنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه (٢)

فصـــل

وان باعه دارا على أنهـا عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل ، وعنه انه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما

---

(١) قوله « وان باعه وشرط الخ » وكذا لو باعه وشرط البراءة من عيب كذا وهذا المذهب فى ذلك لأنه خيار يثبت بعد العقد فلا يسقط قبله كالشفعة

على قوله « وان شرط البراءة الخ » قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى والصحيح فى مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب الذى قضى به الصحابة رضى الله عنهم وأكثر أهل العلم أن البائع إذا لم يكن علم بذلك العيب فلا رد للمشترى لكن إن ادعى أن البائع علم بذلك فانكر البائع حلف أنه لم يعلم فان نكل قضى عليه . انتهى

على قوله « شرط البراءة من كل عيب لم يبرأ » ه أو من عيب كذا إن كان به لم يبرأ بائع بذلك فلمشتر الفسخ بعيب لم يعلمه وإن سماه أو أبرأه مشتر من عيب كذا أو من كل عيب بعد العقد برئ البائع لاسقاطه بعد ثبوته له كالشفعة

(٢) قوله «وعنه يبرأ الخ» ومعناه أنه يبرأ مع الجهل لا العلم به اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لان عبدالله بن عمر رضى الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت رضى الله عنه بثمانمائة درهم بشرط البراءة فأصاب به زيد عيبا فأراد رده على ابن عمر رضى الله عنهما فلم يقبله فترافعا إلى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا . فرده عليه ثم باعه ابن عمر رضى الله عنهما بألف درهم رواه أحمد ، وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكانت كالاجماع ، ونقل ابن هانئ إن عينه صح

على قوله « وعنه أنه صحيح » ، وهو المذهب

الفسخ (١) فان اتفقا على امضائه جاز وان بانت تسعة فهو باطل ، وعنه أنه صحيح والنقص على البائع وللمشترى الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن فان اتفقا على تعويضه عنه جاز

باب الخيار فى البيع

وهو على سبعة أقسام : (أحدها خيار المجلس) ويثبت فى البيع (٢) - والصلح بمعناه (٣) - والإجارة (٤)، ويثبت فى الصرف

---

(١) قوله « وعنه أنه صحيح الخ » وهذا هو الصحيح وقدمه فى المحرر وجزم به فى الوجيز ، وقوله « ولكل واحد منهما الفسخ » محله مالم يعط الزائد مجانا لأنه زاده خيراً ، وإن أبى ثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن وقسط الزائد ، وإذا باعه صبرة على أنها خمسة أقفزة فبان ستة رد الزائد ولا خيار للمشترى ، وان بانت أقل أخذها بقسطها ولا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب فى الباقى من المكيل

(٢) قوله « ويثبت فى البيع » فى قول أكثر العلماء لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا ، أو يخير أحدهما الآخر فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » متفق عليه ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه ، وقد أنكر كثير من العلماء على مالك مخالفته للحديث مع روايته له عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما . قال الشافعى لا أدرى هل مالك اتهم نفسه أو نافعا ، وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر ، وقال ابن أبى ذئب يستتاب مالك . ويستثنى من عموم قوله أحدهما خيار المجلس الخ الكتابة فانها بيع ولا يثبت فيها خيار المجلس على الصحيح من المذهب ، ويستثنى أيضاً لو تولى طرفى العقد فانه لايثبت فيه خيار المجلس على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « والصلح بمعناه » أى بمعنى البيع كما إذا أقر له بدين أو عين ثم صالحه عنه بعوض لأنه بيع فيدخل فى العموم

(٤) قوله « والاجارة » أى لأنها عقد معاوضة فيثبت فيها كالبيع

والسلم [١]، وعنه لا يثبت فيهما ولا يثبت فى سائر العقود [٢] إلا فى المساقاة والحوالة والسبق فى أحد الوجهين [٣]. ولكل واحد من المتبايعين الخيار [٤] مالم يتفرقا فى أبدانهما إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما [٥] أو يسقطا الخيار بعده فيسقط فى احدى الروايتين، وأن اسقطه أحدهما بقى خيار صاحبه

---

(١) قوله « ويثبت فى الصرف والسلم » أى على الأصح وهو المذهب لأنه يشترط لصحته القبض وهو بيع فى الحقيقة

(٢) قوله « ولا يثبت فى سائر الخ » سواء كان لازما من الطرفين كالنكاح والخلع لانه يقصد منه الفرقة كالطلاق، وكذا القرض والوقف والضمان والهبة الخالية عن عوض لأن فاعل ذلك دخل فيه على أن الحظ لغيره أو من أحد الطرفين كالرهن، لأنه لو جاز فيه لبقى الحق بلا رهن فيضر بالمرتهن، أو جائزا من الطرفين كالوكالة والشركة والجعالة

(٣) قوله « الا فى المساقاة الخ » إذ السبق والمساقاة إجارة فى وجه والحوالة بيع، والمذهب أنه لايثبت فى ذلك ، لان المساقاة عقد جائز والحوالة إما إسقاط أو عقد مستقل، والسبق جعالة، وكذا الخلاف فى المزارعة والاخذ بالشفعة

(٤) قوله « ولكل واحد الخ » أى عرفا ولو طال المجلس بنوم أو تساوقا بمشى أو فى سفينة، وهو شامل إذا حصلت الفرقة بهرب كفعل ابن عمر رضى الله عنهما . والأصح أنه تحرم الفرقة خشية الاستقالة لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنه مرفوعا وفيه « ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والترمذى وحسنه وكذا باكراه فى وجه اذ الرضا فى الفرقة غير معتبر

على قوله « ما لم يتفرقا بابدانهما » * فعلى المذهب يبقى خيارهما إن تفرقا مع إكراه لهما أو احدهما أو تفرقا مع فزع من خوف أو تفرقا مع الجاء لتفرق بسيل أو نار ونحوهما أو تفرقا مع حمل لهما لأن فعل المكره والملجأ كعدمه فيستمر خيارهما ، وإن أكره أحدهما بقى خياره إلى ذلك وبطل خيار صاحبه . اهـ شرح منتهى

(٥) قوله « إلا أن يتبايعا الخ » وهو المذهب وصححها فى المغنى والشرح لقوله عليه الصلاة والسلام « فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب =

فصل

(الثانى خيار الشرط) وهو أن يشترطا فى العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وان طالت (١) ، ولا يجوز مجهولا (٢) فى ظاهر المذهب ، وعنه يجوز ، وهما على خيارهما الى أن يقطعاه أو تنتهى مدته ، ولا يثبت إلا فى

= البيع » أى لزم . ولو قال لصاحبه اختر سقط خياره على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ، وعنه لا يسقط

على قوله « بعده » أى البيع

على قوله « وان أسقطه أحدهما بقى خيار صاحبه » . وينقطع خيار مجلس بموت أحدهما لا بجنونه

(١) قوله « فيجوز وإن طالت » وقاله جمع من العلماء لقوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم » ولأنه حق مقدر معتمد الشرط فيرجع فى تقديره إلى شرطه كالأجل ، وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز أكثر من ثلاث

(١) قوله « وإن طالت » هذا اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى قال فان أطلقا الخيار ولم يوقتاه بمدة توجه أن يثبت ثلاثا لخبر حبان بن منقذ قال : وللبائع الفسخ فى مدة الخيار إذا رد الثمن والا فلا نقله أبو طالب عن أحمد رحمه الله تعالى ، قال وإن علق عتق عبده ببيعه وكان قصده بالتعليق اليمين دون التبرر بعتقه أجزأه كفارة يمين ، وان قصد به التقرب صار عتقه مستحقا كالنذر فلا يصح بيعه ويكون العتق معلقا على صحة البيع . انتهى

(٢) قوله « ولا يجوز مجهولا » أى كقدوم زيد ومجىء المطر أو الأبد وهو المذهب ، وظاهر كلام المصنف هنا أنه لو شرطه الى الحصاد أو الجذاذ أنه لا يجوز لأنه مجهول ، وهو إحدى الروايتين ، والثانية يجوز هنا وان منعاه المجهول لأنه معروف فى العادة واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وقدمه فى الفائق ، قلت وهو الصواب . ولو شرط خيار الشرط حيلة ليربح فيما أقرضه لم يجز نص عليه وعليه الأصحاب ، ولا يثبت خيار شرط فى بيع قبض عوضه شرط لصحة العقد من صرف وسلم وربوى بربوى لأن وضعهما عن أن يبقى علقة

البيع والصلح بمعناه والاجارة فى الذمة [١] أو على مدة لا تلى العقد [٢]: وان شرطاه الى الغد لم يدخل فى المدة [٣]، وعنه يدخل، وان شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد [٤]، ويحتمل أن يكون من حين التفرق. وان شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلا له فيه، وان شرطا الخيار لاحدهما

على قوله «ولا يثبت إلا فى البيع» ويستثنى منه ما يشترط فيه القبض لصحته كالصرف والسلم

(١) قوله والاجارة الخ» كقوله استاجرتك لتخيط لى هذا الثوب ونحوه فيثبت فيه خيار الشرط لأنه استدراك للغبن فوجب ثبوته كخيار المجلس

(٢) قوله «أو على مدة الخ» كما لو أجره سنة خمس فى سنة أربع فدل على أنها إذا كانت تلى العقد لا يثبت فيها خيار الشرط وهو المذهب لأنه يفضى الى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو الى استيفائها فى مدة الخيار وكلاهما غير جائز، وفيه وجه أنه يصح ويتصرف المستأجر فان فسخ العقد رجع بقيمة المنافع المستوفاة وظاهره أنه لا يثبت فى غير ما ذكره وهو البيع والصلح بمعناه والاجارة وهو المذهب إلا فى القسمة فانه يثبت فيها على الصحيح من المذهب. وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى: يجوز خيار الشرط فى كل العقود

(٣) قوله «إلى الغد الخ» وهو المذهب لان «الى» لانتهاء الغاية، وما بعدها يخالف ماقبلها لقوله تعالى ﴿ واتموا الصيام الى الليل ﴾ وكنظائره فى الطلاق والاقرار

على قوله «فابتداؤها من حين العقد» وهو المذهب

(٤) قوله «وان شرطاه الخ» يجوز أن يشترطا الخيار لهما ولأحدهما ولغيرها لكن إذا شرطه لغيره فتارة يقول له الخيار دونى وتارة يقول الخيار لى وله وتارة يجعل الخيار له ويطلق، فان قال له الخيار دونى فالصحيح من المذهب أنه لا يصح لأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لا حظ له، وإن جعل الخيار له وأطلق صح على الصحيح اختاره المصنف والشارح

دون صاحبه جاز ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه[١] وإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما، وينتقل الملك الى المشترى بنفس العقد فى أظهر الروايتين[٢]، فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا

على قوله «وكان توكيلا فيه» أى حيث صححناه يكون خيار الفسخ له ولموكله فلا ينفرد به الوكيل

(١) قوله «من غير حضور صاحبه» أى لأنه عقد جعل إليه، ونقل أبو طالب يرد الثمن اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى كالشفيع، ولعله مراد من أطلق لازالة الضرر

(٢) قوله «وينتقل الملك الخ» هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه، ووجهه أنه جعل المال للمبتاع باشتراطه وهو عام فى كل بيع فيدخل فيه بيع الخيار

وله فوائد: منها لو اشترى من يعتق عليه أو زوجته فعلى المذهب يعتق وينفسخ نكاحها، وعلى الثانية لايثبت ذلك. ومنها لو باع أحد الشريكين شقصا بشرط الخيار فباع الشفيع حصته فى مدة الخيار فعلى المذهب يستحق الأول انتزاع شقص الشفيع من يد مشتريه لأنه شريك الشفيع حالة بيعه، وعلى الثانية يستحق البائع الأول لأن الملك باق له. ومنها لو باع عبدا بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو فى مدة الخيار فعلى المذهب الفطرة على المشترى وعلى الثانية على البائع. ومنها لو باع نصابا من الماشية بشرط الخيار حولا فعلى المذهب زكاته على المشترى وعلى الثانية على البائع. ومنها الكسب والنماء المنفصل فى مدته فعلى المذهب هو للمشترى أمضيا العقد أو فسخاه، وعنه إن فسخ أحدهما فالنماء المنفصل للبائع، وعنه وكسبه، وعلى الثانية للبائع، وستأتى هذه فى كلام المصنف. ومنها مؤنة المبيع من الحيوان والعبد فعلى المذهب على المشترى وعلى الثانية على البائع. ومنها لو تلف المبيع فى مدة الخيار فان كان بعد القبض أو لم يكن فيهما فمن مال المشترى على المذهب ومن مال البائع على الثانية على ما يأتى فى كلام المصنف. ومنها لو تعيب فى مدة الخيار فعلى المذهب لايرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشترى لانتفاء القبض، وعلى الثانية له الرد بكل حال. ومنها لو باع أمة بشرط

العقـــد أو فسخاه (١) ، وليس لواحـد منهمـا التصرف فى المبيع فى مدة الخيـار إلا بمـا يحصل به تجربة المبيع ، وان تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما لم ينفـــذ تصرفهما (٢) ويكون تصرف البائع فسخا

= الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع الاستبراء على المذهب ، وعلى الثانية لا لبقاء الملك . ومنها لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها فى مدته فان قلنا الملك لم ينتقل إليه لم يكفه ذلك الاستبراء ، وإن قلنا بانتقاله فقال فى الهداية والمغنى وغيرهما يكفى

(١) قوله « فما حصل الخ » هذا مبنى على المذهب وهو أنه ينتقل الملك الى المشترى لأنه نماء ملكه الداخـل فى ضمانه بقوله ﷺ « الخراج بالضمان » قال الترمذى حديث صحيح . واحترز بالمنفصل عن النماء المتصل فانه يتبع العين مع الفسخ لتعذر انفصاله

(٢) قوله « وليس لواحد منهما ـ الى قوله ـ لم ينفذ تصرفهما » . اعلم أن تصرف البائع والمشترى حرام عليهما سواء كان الخيار لهما أو لاحدهما أو لغيرهما . والمنصوص عن أحمد رحمه الله فى رواية أبى طالب أن للمشترى التصرف فيه بالاستغلال على القول بأن الملك ينتقل اليه وهو المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ، فعلى الأول ان تصرف المشترى فتارة يكون الخيار له وحده وتارة يكون غير ذلك ، فان كان له وحده فالصحيح من المذهب نفوذ تصرفه ، وعنه لا ينفذ ، وان لم يكن الخيار له وحده فالصحيح من المذهب أنه لا ينفذ قدمه فى المغنى والشرح والفروع ، وعنه ينفذ ، ومحل هـذا الخلاف اذا كان تصرفه مع غير البائع ، فأما ان تصرف معه فالصحيح أنه ينفذ ، ومحل الخلاف فى تصرفهما اذا لم يحصل لأحدهما اذن من الآخر

على قوله « وليس لواحد منهما التصرف فى المبيع » « وكذا يمنع من التصرف فى العوض صرح به فى الوجيز والرعاية والزركشى

على قوله « الا بما يحصل به تجربة المبيع » « كركوب الدابة لينظر سيرها ، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها

للبيع [1] ، وتصرف المشترى اسقاط لخياره فى أحد الوجهين ، وفى الآخر البيع والخيار بحالهما ، وان استخدم المبيع لم يبطل خياره فى أصح الروايتين ، وكذلك أن قبلته الجارية ويحتمل أن يبطل أن لم يمنعها ، وان أعتقه المشترى نفذ عتقه وبطل خيارهما [2] ، وكذلك ان تلف المبيع [3] ، وعنه لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة [4]. وحكم الوقف حكم البيع فى أحد

---

(١) قوله « ويكون تصرف البائع الخ » أى لأن ذلك يحصل بالتصريح فحصل بالدلالة عليه كالمعتقة فان خيارها يسقط بتمكينها الزوج من وطئها والمذهب أن تصرف المشترى وسومه ووطئه ولمسه بشهوة إمضاء ، وإذا تصرف البائع فيه لم يكن فسخا على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب ، وعنه يكون فسخا جزم به القاضى وابن عبدوس فى تذكرته وصاحب الوجيز ورجحه ابن عقيل والمصنف فى المغنى وقدمه فى الشرح

على قوله « فى اصح الروايتين » « وهو المذهب

على قوله « وكذا ان قبلته الجارية » « ولو لم يمنعها وهو المذهب

على قوله « ويحتمل أن يبطل إن لم يمنعها » « قدمها فى الفروع وجزم بها فى المغنى والشرح

(٢) قوله « وان أعتقه الخ » هذا المذهب لأنه عتق من مالك جائز التصرف تام الملك وقوله عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » دال على نفوذه فى الملك ، وملك البائع الفسخ لا يمنع صحته كما لو وهب ابنه عبدا فأعتقه فانه ينفذ مع ملك الأب استرجاعه ، وظاهره أن عتق البائع لا ينفذ وهو ظاهر المذهب ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى ينفذ

(٣) قوله « وكذا إن تلف المبيع » أى بعد قبضه فهو من ضمان المشترى ويبطل خياره

(٤) قوله « وعنه لا يبطل الخ » أما فى العتق فلأنه لم يوجد منه ما يدل على الرضا . وأما فى التلف فقيل هى أنصهما لعموم « البيعان بالخيار » وله الرجوع بالقيمة وقت التلف على الصحيح من المذهب وقيل وقت القبض

الوجهين ، وفى الآخر حكمه حكم العتق . وان وطىء المشترى الجارية فأحبلها صارت أم ولده وولده حر ثابت النسب [1] ، وان وطئها البائع فكذلك ان قلنا البيع ينفسخ بوطئه ، وان قلنا لا ينفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له [2] ، ولا حد فيه على كل حال [3] ، وقال أصحابنا عليه الحد إذا علم زوال ملكه وان البيع لاينفسخ بالوطء وهو المنصوص ، ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث ، ويتخرج أن يورث كالاجل

على قوله « فى أحد الوجهين » ، وهو المذهب ومعناه لاينفذ

(١) قوله « وإن وطىء المشترى الخ » هذا مبنى عن أن الملك ينتقل إليه فى مدة الخيار وهو المذهب ووطؤها حرام عليه سواء كان الخيار لهما أو للبائع لتعلق حق البائع بهـا قال فى الشرح لا نعلم فيه خلافا ، ولا حد عليه لأنه يدرأ بشبهة الملك ، ولا مهر لها لأنها مملوكته

على قوله « وولده حر ثابت النسب » ، لانه من مملوكته ، وظاهره أنه لايلزمه قيمته لأنه حدث فى ملكه ، فان فسخ البائع رجع بقيمتها ، وعلى الثانية عليه المهر وقيمة الولد ، وان كان عالما بالتحريم وأن ملكه غير ثابت فولده رقيق قاله فى الشرح

(٢) قوله « إلا إذا قلنا الملك له » على رواية فلا يترتب ماذكره وحينئذ ولده حر ثابت النسب لايلزمه قيمته ولا مهر وتصير أم ولده . ولكن قال أصحابنا إن علم التحريم فولده رقيق لايلحقه نسبه وإن لم يعلم لحقه نسبه وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير أم ولده لأنه وطئها فى غير ملكه ذكره فى الشرح

(٣) قوله « ولا حد عليه الخ » اختاره ابن عقيل وصححه فى المغنى والشرح لأن وطئه إما أن يصادف ملكا أو شبهة فان العلماء اختلفوا فى ثبوت ملكه واباحة وطئه

على قوله « وهو المنصوص » ، وهو المذهب وهو من مفرداته ، ولا باس بنقد الثمن وقبض المبيع فى مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعى وكرهه =

فصـــل

(الثالث خيار الغبن) ويثبت فى ثلاث صور : إحداها إذا تلقى الركبان فاشترى منهم وباع لهم فلهم الخيار اذا هبطوا السوق وعلموا أنهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة [١] . والثانية فى النجش وهو أن يزيد فى السلعة من لايريد شراءها ليغر المشترى فله الخيار إذا غبن [٢] . والثالثة المسترسل [٣] إذا غبن الغبن المذكور ، وعنه أن النجش وتلقى الركبان باطلان

= مالك قال لانه معنى بيع وسلف إذا قبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه ، ولنا أن هذا حكم من أحكام البيع فجاز فى مدة الخيار كالإجارة ، وما ذكره لايصح لأننا لانجيز له التصرف فيه

على قوله « بطل خياره ولم يورث » هذا المذهب إلا أن يطالب به الميت نص عليه

(١) قوله « إذا تلقى الركبان الخ » هذا بيع مكروه صحيح فى قول الجماهير لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « لاتلقوا الجلب ، فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم . وثبوت الخيار لايكون إلا فى صحيح ، وعنه باطل اختاره أبو بكر فعلى المذهب يثبت لهم الخيار سواء قصد تلقيهم أم لا بشرط الغبن والمرجع فيه إلى العرف كالقبض ، وظاهر الخرقى يثبت فيه وإن قل ، وقال أبو بكر وابن أبى موسى يقدر بالثلث وقيل بالسدس ، وعنه يثبت لهم الخيار مع عدمه وهو ظاهر الخبر

(٢) قوله « الثانية النجش الخ » النجش حرام وخداع ، قال البخارى : الناجش آكل ربا خائن لايحل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى ﷺ نهى عن النجش » متفق عليه ، فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح وهو المذهب وهو قول أكثر العلماء منهم الشافعى وأبو حنيفة ، وعنه باطل وهو قول مالك لأن النهى يقتضى الفساد ولو أخبر بأكثر من الثمن وصدقه المشترى ثم بان كاذبا ثبت الخيار ، وفى الايضاح يبطل مع علمه

(٣) قوله « الثالثة المسترسل » وهو اسم فاعل من استرسل إذا اطمئن =

فصـــل

(الرابع خيار التدليس [1]) بما يزيد به الثمن كتصرية اللبن فى الضرع وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها فهذا يثبت للمشترى خيار الرد [2] ويرد مع المصراة عوض اللبن صاعا

—

= وفسره أحمد رحمه الله تعالى بأنه لايحسن يماكس . وذكر الشيخان والجد(*) هو الجاهل بقيمة المبيع ، زاد فى المغنى والشرح ولا يحسن المبايعة ، فتلخص أن المسترسل هو الجاهل بالقيمة سواء كان بائعا أو مشتريا ، وعنه ويثبت أيضا لمسترسل إلى البائع لم يماكسه اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وذكره المذهب ، وحكم الاجارة كالبيع ذكره فى شرح الهداية فان فسخ فى أثنائها رجع عليه بالقسط من أجرة المثل لا من المسمى . وذكر الشيخ تقى الدين أنه إذا دلس مستأجر على مؤجر وغره حتى استأجره بدون القيمة فله أجر المثل ، قال ويحرم تغرير مشتر بان يسومه كثيرا ليبذل قريبه

[فائده] خيار الغبن فيه وجهان فى الفورية وعدمها مبنيان على الروايتين فى خيار العيب

(١) قوله « الرابع الخ » قال الجوهرى : التدليس كتمان العيب فى السلعة عن المشترى ، والمراد هنا مايزيد به الثمن وان لم يكن عيبا

على قوله « كتصرية اللبن الخ » وكذا تحسين وجه الصبرة ونحوها وصبغ النساج وجه الثوب ونحوه

(٢) قوله « فهذا يثبت للمشترى الخ » أى أو الامساك فى قول أكثر العلماء لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « لاتصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر » متفق عليه . فعلى هذا يثبت الخيار ولو حصل التدليس بغير قصد على الأصح ، وظاهره أنه لا أرش مع الامساك وهو المذهب ، لأن الشارع لم يجعل له فيها أرشا بل خيره بين الإمساك والرد مع صاع تمر

—

(*) يعنى بالجد صاحب الفروع — أى جد صاحب المبدع — لان المحشى قد نقل العبارة من المبدع ولم يعزها اليه

من تمر فان لم يجد التمر فقيمته فى موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة فان كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه[1] ويحتمل أن لا يجزئه الا التمر ، ومتى علم التصرية فله الرد [2] ، وقال القاضى ليس له ردها إلا بعد ثلاث[3] ، ولن صار لبنها عادة لم يكن له الرد فى قياس قوله [4] ، وإذا اشترى أمة متزوجة

على قوله « صاعا من تمر » ولو زادت قيمته نص عليه ، وهذا إن حلبها فلو علم أنها مصراة قبل الحلب ببينة أو إقرار فلا

على قوله « فى موضعه » أى العقد

(١) قوله « فان كان اللبن الخ » مفهوم قوله « لم يتغير رده » أنه إذا تغير لا يلزم البائع قبوله وهو المذهب

على قوله « رده وأجزأه » وهو المذهب

(٢) قوله « ومتى علم التصرية فله الرد » فظاهره أنه سواء كان قبل مضى ثلاثة أيام أو بعدها ما لم يرض كسائر التدليس

(٣) قوله « وقال القاضى الخ » أى منذ علم ويكون على الفور بعدها ، وهذا ظاهر كلام أحمد لأن اللبن يختلف باختلاف المكان وتغير العلف ، فاذا مضت الثلاثة بانت التصرية فعلى هذا ليس له ردها قبل مضيها ولا إمساكها بعدها . واعلم أن الصحيح من المذهب أنه متى علم التصرية يخير ثلاثة أيام منذ علم

على قوله « ليس له ردها إلا بعد ثلاث » لقوله ﷺ « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم

(٤) قوله « وإن صار لبنها عادة الخ » اعلم أنه إذا صار لبنها عادة لم يكن له الرد وأما إذا اشترى أمة مزوجة ـ وهو الأصل المقيس عليه ـ فطلقها الزوج فالصحيح من المذهب أنه لا خيار للمشترى نص عليه ، قال ابن عقيل فى الفصول بشرط أن لا يكون طلاقها رجعيا . قلت لعله مراد النص . ولو اشتراها ولم يعلم كونها مزوجة خير بين الرد أو الامساك مع الأرش ، وإن كان عالما فلا خيار له وليس له منع زوجها من وطئها بحال

فطلقها الزوج لم يملك الرد ، وإن كانت التصرية فى غير بهيمة الانعام فلا رد له فى أحد الوجهين [١] ، وفى الآخر له الرد ولا يلزمه بدل اللبن . ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها فان فعل فالبيع صحيح [٢] . وقال أبو بكر ان دلس العيب فالبيع باطل ، قيل له فما تقول فى التصرية ؟ فلم يذكر جوابا [٣]

فصــــل

(الخامس خيار العيب) وهو النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك ، وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرقة والإباق والبول فى الفراش إذا كان من مميز ، فمن اشترى معيبا لم يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش [٤] وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن

---

(١) قوله « وإن كانت التصرية الخ » الصحيح من المذهب أن له الرد لعموم ماسبق ، ولأن الثمن يختلف بذلك لأن المرأة يراد لبنها للارتضاع وكذا لو اشترط كثرة لبنها ملك الفسخ إذا بانت بخلافه ، ولبن الأتان يراد لولدها

على قوله « فى غير بهيمة الانعام » ، كالأمة والاتان

(٢) قوله « فان فعل فالبيع صحيح » أى على المذهب لحديث المصراة فانه عليه الصلاة والسلام صححه مع نهيه

(٣) قوله « وقال أبو بكر الخ » ونقله حنبل عن الإمام لأنه منهى عنه والنهى يقتضى الفساد ، وكذا لو أعلمه به ولم يعلما قدر غشه ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وأنه يجوز عقابه باتلافه والتصدق به وقال أفتى به طائفة من أصحابنا

على قوله « إذا كان من مميز » ، والمذهب أنه يشترط أن يكون ذلك من ابن عشر فصاعدا نص عليه

(٤) قوله « فمن اشترى معيبا الخ » هذا المذهب مطلقا أعنى سواء تعذر رده أم لا ، أما الرد فلا نزاع فيه وأما الامساك مع الأرش فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض فى مقابلة المعوض فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ، ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببدله وهو الأرش ، وعنه ليس له أرش =

وما كسب فهو للمشترى وكذلك نماؤه المنفصل (١) وعنه لا يرده إلا مع نمائه (٢)

= إلا إذا تعذر رده اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال : وكذلك يقال فى نظائره كالصفقة إذا تفرقت قال الزركشى وهـو الأصح ، واختار شيخنا فى حواشى الفروع أنه إن دلس العيب خير بين الرد والامساك مع الأرش ، وإن لم يدلس خير بين الرد والإمساك ولا أرش

على قوله « فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش » محله مالم يفض أخذ أرش الى ربا كشراء حلى فضة بزنته دراهم فضة ويجده معيبا أو شراء قفيز مما يجرى فيه ربا كبر وشعير بمثله جنسا وقدرا ويجده معيبا فيرد مشتر أو يمسك مجانا بلا أرش لان أخذه يؤدى إلى ربا الفضل أو مسألة مد عجوة

(١) قوله « وما كسب الخ » وحاصله أنه إذا أراد رد المعيب فلا يخلو إما أن يكون بحاله أو يزيد أو ينقص ، فان كان الأول رده وأخذ الثمن ، وإن كان الثانى فهو قسمان : أحدهما أن تكون الزيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة والحمل والثمرة قبل ظهورها فيردها بنمائها ، الثانى أن تكون منفصلة وهى نوعان أحدهما أن تكون فى غير المبيع كالكسب والأجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهذا للمشترى فى مقابلة ضمانه لأنه لو هلك كان من مال المشترى وحكاه فى المغنى والشرح بغير خلاف نعلمه ، وفيه رواية . الثانى أن يكون من عين المبيع كالولد والثمرة المجذوذة واللبن المحلوب فالمذهب المعمول به أنه للمشترى أيضا ويرد الاصل بدونها لقوله « الخراج بالضمان »

على قوله « وكذلك نماؤه المنفصل » وقال ابن عقيل النماء المتصل كالمنفصل فيكون للمشترى قيمتها ، وقال الشيرازى النماء المتصل للمشترى واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله قال فى القاعدة الثمانين نص عليه فى رواية ابن منصور فعلى هذا تقوم على البائع

(٢) قوله « وعنه لا يرده إلا مع نمائه » أى المنفصل فلو صدر العقد وهى حامل فولدت عنده ثم ردها رد ولدها معها لأنه من جملة المبيع والولادة هنا نماء متصل لأنه يحرم التفريق بينهما ، وأما إذا حملت وولدت بعد الشراء فهو نماء منفصل بلا نزاع ، وظاهر كلام المصنف هنا أنه يرد أمه دونه وهو رواية ، والصحيح من المذهب أنه إذا ردها لا يردها إلا بولدها فيتعين له الأرش جزم به فى المحرر وقدمه فى المغنى والشرح والفروع

ووطء الثيب لا يمنع الرد (١) ، وعنه يمنع . وان وطىء البكر أو تعيبت عنده فله الارش (٢) ، وعنه أنه مخير بين الأرش وبين رده (٣) وأرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن ، قال الخرقى إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا (٤) ، وقال القاضى ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله نص عليه فى رواية حنبل (٥) ، ويحتمل

---

(١) قوله « ووطء الثيب الخ » أى اذا اطلع على عيبها ولا يحسب عليه وطؤها هذا المذهب لأنه لم يحصل نقص جزء ولا صفة ولم يتضمن الرضاء بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام ، وعنـــه وطؤها يمنع ردها اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ذكره عنه فى الفائق وروى عن على رضى الله عنه وغيره

(٢) قوله « وان وطىء البكر الخ » يعنى يتعين له الأرش ولا يملك الرد لأنه شرع لازالة الضرر وفى الرد ضرر على البائع والضرر لا يزال بالضرر اذ ضرر المشترى ينجبر بالأرش

(٣) قوله « وعنه أنه مخير الخ » هذا اختيار الخرقى والقاضى أبى الحسين والمؤلف لحديث المصراة فانه جعل للمشترى الرد مع ذهاب جزء من المبيع وهو اللبن وجعل التمر بدلا له ، وقد روى الخلال باسناده عن ابن سيرين أن عثمان قال فى رجل اشترى ثوبا ولبسه ثم اطلع على عيب فرده وما نقص فاجاز الرد مع النقصان وعليه اعتمد أحمد رحمه الله تعالى

(٤) قوله « قال الخرقى الخ » أى إذا دلس البائع العيب أى كتمه وأخفاه فان المشترى يرد بلا أرش ويلزم البائع رد الثمن بكماله وهـــذا هو المنصوص وهو المذهب . وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : يرجع بالثمن على الاصح

(٥) قوله « وقال القاضى الخ » قال أحمد رحمه الله فى رجل اشترى عبدا فأبق من يده وأقام بينة أن إباقه لما كان موجودا فى يد البائع يرجع على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه لأنه غره ويتبع البائع عبده حيث كان ويحكى عن الحكم ومالك . قال فى الانصاف قلت وهو الصواب الذى لا يعدل عنه ، فعلى هذا قال المصنف والشارح سواء كان التلف من فعل الله تعالى أو من فعله أو من فعل أجنبى أو من العبد

أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها لقوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » ، وكما يجب عوض لبن المصراة على المشترى. وان أعتق العبد أو تلف المبيع رجع بأرشه(١) ، وكذلك إن باعه غير عالم بعيبه نص عليه(٢)، وكذلك ان وهبه(٣). وإن فعله عالما بعيبه فلا شئ له(٤) وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شئ الا أن يرد عليه

على قوله « ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها » اختاره المصنف وأبو الخطاب فى الانتصار وإليه ميل الشارح ، قال الزركشى وهو الصواب وقدمه فى المحرر وحكاه رواية

على قوله « لقوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان » رواه الخمسة وحسنه الترمذى

(١) قوله « وإن أعتق العبد الخ » أى قبل علمه بعيبه ، فاذا ظهر المشترى على عيب فى السلعة المبيعة بعد أن تلفت تلفا معنويا كالاعتاق ونحوه كالوقف والاستيلاد أو حسيا كالموت وتلف الثوب فله الارش رواية واحدة وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة ، إلا أن أبا حنيفة قال فى المقتول خاصة لا أرش له لأنه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع ، ومقتضاه أن الأرش له ولا يلزمه صرفه فى الرقاب وهو الأصح إذ العتق إنما صادف الرقبة لا الجزء الفائت . والثانية بلى

(٢) قوله « وكذلك إن باعه الخ » لان البائع لم يعرف ما أوجب له العقد ولم يوجد منه الرضى به ناقصا

(٣) قوله « وكذا إن وهبه » هذا المذهب

(٤) قوله « وان فعله الخ » وكذا لو تصرف فيه بما يدل على الرضى أو عرضه للبيع أو استغله ، وهو المذهب فى ذلك كله ، وعنه له الارش فى ذلك كله قال فى الرعاية الكبرى والفروع وهو أظهر لأنه وان دل على الرضى فمع الارش كإمساكه، قال المصنف وقياس المذهب أن له الارش بكل حال لان التصرف هنا بمنزلة الإمساك مع العلم ، إذ الأرش عوض الجزء الفائت ، قال فى الانصاف قلت وهو الصواب

المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الارش ، وإن باع بعضه فله أرش الباقى ، وفى أرش المبيع الروايتان . وقال الخرقى له رد ملكه منه بقسطه من الثمن وأرش العيب بقدر ملكه فيه ، وان صبغه أو نسجه فله الارش [1] ، وعنه له الرد ويكون شريكا بصبغه ونسجه ، وان اشترى ماما أكوله فى جوفه فكسره فوجده فاسدا فان لم يكن له مكسورا قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن كله [2] وان كان له مكسورا قيمة كبيض النعام وجوز الهند فله أرشه، وعنه أنه مخير بين أرشه وبين رده ورد مانقصه وأخذ الثمن [3]، وعنه ليس له رد ولا أرش فى ذلك كله . ومن علم العيب وأخر الرد لم يبطل

---

(١) قوله « وان صبغه الخ » يعنى يتعين له الأرش ، وهذا المذهب لأنه شغل المبيع بملكه فلم يكن له رده لما فيه من سوء المشاركة وكما لو فصله

على قوله « فله الأرش » ‌ هذا المذهب وهو قول أبى حنيفة فيما إذا صبغه وقال الشافعى ليس له الا الرد

على قوله « ويكون شريكا بصبغه ونسجه » ‌ أى لايجبر البائع على بذل عوض ذلك على الأصح ولا المشترى على قبوله فى الأصح

على قوله « فان لم يكن له مكسورا قيمة كبيض الدجاج » ‌ والجوز والرمان والبطيخ

(٢) قوله « رجع بالثمن كله » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعى لأنا تبينا فساد العقد من أصله لكونه وقع على مالا نفع فيه كبيع الحشرات فان كان بعضه فاسدا رجع بقسطه من الثمن

(٣) قوله « وعنه يتخير الخ » وهذا المذهب لحديث المصراة فانه جعل للمشترى الرد مع رد بدل المتلف بيده من المبيع وهو اللبن مع تدليس البائع وغرره فهنا أولى

على قوله « وعنه ليس له رد ولا أرش فى ذلك كله » ‌ لأن البائع لم يوجد منه تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه ، زاد فى المحرر والفروع إلا مع شرط سلامته فإنه يتعين

خياره [١] إلا أن يوجد منه مايدل على الرضاء من التصرف ونحوه [٢]، وعنه أنه على الفور ولا يفتقر الرد الى رضاء ولا قضاء ولا حضور صاحبه، وان اشترى اثنان شيئا وشرطا الخيار أو وجداه معيبا فرضى أحدهما فللآخر الفسخ فى نصيبه [٣]. وعنه ليس له ذلك. وان اشترى واحد معيبين صفقة

---

(١) قوله «ومن علم العيب الخ» لأنه خيار لدفع ضرر متحقق فلم يبطل بالتأخير الخالى عن الرضى به كخيار القصاص

(٢) قوله «إلا أن يوجد الخ» أى كالوطء والسوم والاستغلال، لأن دليل الرضى منزل منزلة التصريح به، لكن لو احتلب المبيع ونحوه لم يمنع الرد لأنه ملكه فله أخذه، وعنه له الأرش قال فى الفروع وهو أظهر لأنه وإن دل على الرضى فمع الأرش كامساكه، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى يخير المشترى على رده(*) أو أرشه لتضرر البائع بالتأخير قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى شرح المحرر لو اشترى رجل سلعة فأصاب بها عيبا ولم يختر الفسخ ثم قال إنما أبقيته لانى لم أعلم أن الخيار لى لم يقبل منه ذكره القاضى أصلا فى المعتقة تحت عبد إذا قالت لم أعلم أن لى الخيار، وخالفه ابن عقيل فى المعتقه ووافقه فى الرد بالعيب

على قوله «من التصرف ونحوه» * ومقتضاه أنه يبطل بما ذكر وأن لا أرش أيضاً وهو المذهب

على قوله «وعنه أنه على الفور» * وهو مذهب الشافعى، فمتى علم العيب وأخر الرد مع إمكانه بطل خياره لأنه يدل على الرضى فأسقط خياره كالتصرف

(٣) قوله «وان اشترى اثنان الخ» هذا المذهب فيهما، وعنه ليس له ذلك لأنه خرج من ملك البائع دفعة واحدة فإذا رد أحدهما نصيبه رده مشتركا مشقصا فلم يكن له ذلك، وهذا ظاهر فى المعيب واقتصر فى المحرر عليه، وأما فى خيار الشرط فلا، فعلى هذا له الأرش، وقياس الأول للحاضر منهما نقد نصف ثمنه وقبض نصفه، وان نقد كله قبض نصفه، وفى رجوعه الروايتان، ولو اشترى واحد من اثنين شيئا وظهر به عيب فله رده عليهما ورد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولم يحصل برده تشقيص لأنه مشقص قبل البيع، ولو ورث اثنان خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد

(*) لعل صوابه يجبر المشترى على رده أو أخذ أرشه

واحدة فليس له إلا ردهما أو إمساكهما (١)، وإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه(٢)، والقول في قيمة التالف قوله بيمينه(٣)، وان كان احدهما معيبا فله رده بقسطه(٤)، وعنه لايجوز له إلا ردهما أو إمساكهما (٥)، وان كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعى باب وزوجى خف أو من يحرم التفريق بينهما كجارية وولدها فليس له رد أحدهما (٦)، وان اختلفا في العيب هل كان عند

على قوله « فللآخر الفسخ في نصيبه » * وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وإحدى الروايتين عن مالك

على قوله « وعنه ليس له » * وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور

(١) قوله « وان اشترى واحد الخ » لأن في رد أحدهما تفريقا للصفقة على البائع مع إمكان أن لا يفرقها أشبه رد بعض المعيب الواحد ، فعلى هذا إذا أمسك فله الأرش ، وعنه له رد أحدهما بقسطه ، ومثله لو اشترى طعاما في وعاءين واقتصر عليه في الفروع

(٢) قوله « وان تلف أحدهما الخ » أي لأنه رد للمعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع

(٣) قوله « والقول الخ » أي قول المشترى وهو المذهب لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولأنه بمنزلة الغارم ، ومحل الخلاف في ذلك إذا كان المبيع مما لا ينقصه التفريق أو مما لا يحرم التفريق بينهما كما صرح به المصنف بعد ذلك

(٤) قوله « وإن كان أحدهما الخ » يعني إذا أبى أخذ الأرش . وقوله فله رده يعني لا يملك إلا رده وحده

(٥) قوله « وعنه لا يجوز الخ » أي لأن في رد المعيب وحده تبعيضا للصفقة على البائع فلم يكن له ذلك

(٦) قوله «وان كان المبيع الخ» هذا المذهب بل يتعين إما ردهما أو امساكهما لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة وللنهى الخاص عن التفرقة بين الوالدة وولدها وكل ذي رحم محرم كذلك ، قال في الفروع ومثله بيع جان له ولد صغير يباعان وقيمة الولد لمولاه

على قوله « وان اختلفا في العيب » * ولا بينة لأحدهما

البائع أو حدث عند المشترى فنى أيهما يقبل قوله ؟ روايتان (١) . إلا أن لايحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين ، ومن باع عبدا تلزمه عقوبة من قصاص أو غيره يعلم المشترى ذلك فلا شئ له ، وإن علم بعد البيع فله الرد أو الارش ، فان لم يعلم حتى قتل فله الارش (٢) ، وان كانت الجناية موجبة للمال (٣) والسيد معسر قدم حق المجنى عليه (٤) وللمشترى

---

(١) قوله « وان اختلفا فى العيب الخ » أى وكان محتملا لقول كل منهما إحداهما يقبل قول المشترى مع يمينه وهى المذهب لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت فكان القول قول من ينفيه ، كما لو اختلفا فى قبض المبيع ويمينه على البت فيحلف أنه اشتراه وبه العيب أو أنه ماحدث عنده ، ومحل الخلاف فى أصل المسألة إن لم تخرج عن يده ، فان خرجت عن يده إلى يد غيره لم يجز له ردها نقلها مهنا لاحتمال حدوثه عند من انتقل إليه ، وكذا لو وطىء مشتر أمة اشتراها على أنها بكر وقال لم أصبها بكرا فالقول قوله بيمينه وان اختلفا قبل وطئه أريت الثقات ، ولو رد المشترى السلعة بعيب فانكر البائع أنها سلعته فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر كون هذه السلعة ومنكر استحقاق الفسخ والقول قول المنكر ، ولو رد المشترى السلعة بخيار الشرط فأنكر البائع أنها سلعته فالقول قول المشترى لانهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه ، وهذان الفرعان نص عليهما وجزم بهما المصنف والشارح وصاحب المحرر والفروع وغيرهم

على قوله « روايتان » « إحداهما القول قول البائع مع يمينه وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى لان الاصل السلامة

(٢) قوله « وان لم يعلم الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب ، وهو من مفرداته والارش قسط ما بين كونه جانيا أو غير جان فيقال ثمنه غير جان بمائة وجان بخمسين فما بينهما النصف فالارش إذا نصف الثمن ، فان قطع فهل يمنع من رده ؟ فيه روايتان . قال فى الإنصاف: قلت الذى يظهر أن ذلك ليس بحدوث عيب عند المشترى لانه مستحق قبل البيع ، غايته أنه استوفى ما كان مستحقا فلا يسقط ذلك حق المشترى من الرد

(٣) قوله « وإن كانت الجناية الخ » أى أو القصاص فعفى عنه الى مال

(٤) قوله « قدم حق المجنى عليه » أى لان حق الجناية سابق على حق المشترى ==

الخيار [١] ، وإن كان السيد موسرا تعلق الإرث بذمته والبيع لازم [٢]

فصـــل

(السادس خيار يثبت فى التولية والشركة والمرابحة والمواضعة [٣]) ولابد فى جميعها من معرفة المشترى رأس المال . ومعنى التولية البيع برأس المال فيقول : وليتكه أو بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه [٤] ، والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله أشركتك فى نصفه أو ثلثه [٥] ، والمرابحة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالى فيه مئة بعتكه

= فاذا تعذر إمضاؤها قدم حق السابق منهما

(١) قوله « وللمشترى الخيار » أى لأن تمكن المجنى عليه من انتزاعه عيب فلك به الخيار كغيره فان فسخ رجع بالثمن وإن لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد وأخذ بها رجع المشترى بالثمن أيضا لأنه أرش مثل ذلك ، وإن لم تكن مستوعبة رجع بقدر أرشه

(٢) قوله « وإن كان السيد الخ » أى لأن الخيرة له من تسليمه فى الجناية وفدائه فاذا باعه تعين عليه فداؤه لإخراج العبد عن ملكه

(٣) قوله « يثبت فى التوليه الخ » : هذه أنواع من أنواع البيع ، وإنما اختصت باسماء كاختصاص السلم فيثبت للمشترى الخيار كما لو أخبره بأنه كاتب أو صانع فبان بخلافه ، ولا بد فى جميع هذه الأنواع من معرفة المشترى برأس المال فتى فات لم يصح البيع

على قوله « خيار يثبت فى التولية والشركة والمرابحة والمواضعة » « أى إذا أخبر بخلاف الواقع ، ويثبت الخيار فى البيع بتخبير الثمن على قول

(٤) قوله « ومعنى التولية الخ » . رقمه ثمنه المكتوب عليه بشرط العلم بالثمن والرقم ، وهذا قول عامة العلماء

(٥) قوله « والشركة الخ » يصح بقوله أشركتك فى نصفه أو ثلثه بلا نزاع أعلمه قاله فى الإنصاف ، لكن لو قال أشركتك وسكت صح على الصحيح من المذهب وينصرف إلى النصف لانها تقتضى التسوية ، فلو قال لواحد أشركتك ثم =

بها وربح عشرة أو على أن أربح فى كل عشرة درهما[١] . والمواضعة أن يقول بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشترى تسعون درهما ، وان قال ووضيعة درهم لكل عشرة لزمه تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم[٢] . ومتى اشتراه بثمن مؤجل[٣] أو ممن لاتقبل شهادته له[٤] أو بأكثر من ثمنه حيلة[٥] أو باع بعض الصفقة

= قاله لآخر عالم بشركة الأول فله نصف نصيبه وهو الربع لأن إشراكه انما هو فيما يملكه ، وإن لم يعلم مقول له بشركة الأول أخذ نصيبه كله لأنه إذا لم يعلم فقد طلب منه نصف المبيع فأجابه إليه ، وان قال ثالث لهما أشركانى فأشركاه معا أخذ ثلثه ، وإن أشركه واحد بعد واحد فله النصف

(١) قوله « والمرابحة الخ » أما قوله « رأس مالى فيه الخ » فلا خلاف فى صحته ولا نعلم أحدا كرهه قاله فى الشرح . والمسألة الثانية وهى قوله « على أن أربح الخ » فهى مكروهة نص عليه وهى من المفردات . واحتج بكراهة ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم وكأنه دراهم بدراهم

(٢) قوله « المواضعة الخ » وهى بيع بخسران ، وقوله « بعتكه بها الخ » أى كما لو كان ثمنه الذى اشترى به مائة ولا تضر الجهالة حين وقع العقد لزوالها بعد بالحساب

(٣) قوله « ومتى اشتراه بثمن مؤجل » ولم يبين ذلك للمشترى فى تخبيره بالثمن فللمشترى الخيار بين الإمساك والرد ، هذا إحدى الروايات . وعنه يأخذه مؤجلا ولا خيار له نص عليه وهذا المذهب . ولو ادعى البائع غلطا وأن الثمن أكثر مما أخبره به لم يقبل قوله إلا ببينة مطلقا ، فلو ادعى علم مشتر بغلطه لم يحلف مشتر ، ولو باعها بدون ثمنها عالما لزمه البيع فلا خيار له

(٤) قوله « أو ممن لا تقبل الخ » كأحد عمودى نسبه أو زوجته لزمه أن يبين سواء كانت شركة أو تولية أو مرابحة أو مواضعة أو اشتراه منه بأكثر من ثمن مثله لزمه أن يبين ، أو اشتراه لرغبة تخصه كدار بجوار منزله وأمة لرضاع ولده لزمه أن يبين ، أو اشتراه لموسم ذهب كالذى يباع على العيد إذا اشتراه قربه وبقى عنده لزمه أن يبين

(٥) قوله « أو بأكثر الخ » وذلك مثل أن يشترى من غلام دكانه الحر أو غيره =

بقسطها من الثمن ولم يبين ذلك للمشترى فى تخبيره بالثمن فللمشترى الخيار بين الامساك والرد [١] وما يزاد فى الثمن أو يحط منه فى مدة الخيار أو يؤخذ أرشا لعيب أو جناية عليه يلحق برأس المـــال ويخبر به ، وان جنى ففداه المشترى أو زيد فى الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به ، وان اشترى ثوبا بعشرة وقصره بعشرة أخبر به على وجهه [٢] ، وان قال تحصل ذلك

= على وجه الحيلة لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ، وان لم يكن حيلة فقال القاضى إذا باع غلام دكانه سلعة ثم اشترى منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، وقال المصنف والشارح والصحيح جواز ذلك

(١) قوله « أو باع بعض الصفقة الخ » أى باع بعض المبيع بقسطه من الثمن وليس المبيع بعضه من المتماثلات المتساوية كزيت ونحوه من مكيل أو موزون متساوى الاجزاء كالثياب ونحوها لزومه أن يبين ذلك لمشتر لأنه قد لا يرضى إذا علمه ، فإن كتم بائع شيئا مما تقدم ذكره خير مشتر بين رد و امساك كتدليس ، وكذا ان نقص المبيع بمرض أو ولادة أو عيب أو تلف بعضه أو أخذ مشتر صوفا أو لبنا ونحوه

على قوله « وما يزاد فى ثمن أو يحط منه فى مـــدة الخيار » « يلحق برأس المال ويخبر به وهو المذهب ، لأن ذلك من الثمن فوجب إلحاقه برأس المال ، ومثله خيار وأجل ، وإذا وهب مشتر لوكيل باعه فهو كالزيادة ، ومثله عكسه ، فان تغير سعر السلعة وهى بحالها فان غلت لم يلزمه الإخبار بذلك ، وكذا إن رخصت نص عليه

على قوله « يلحق برأس المال ويخبر به » « فعلى هذا يحط أرش العيب من الثمن ويخبر به بالباقى ، وقال القاضى يخبر به على وجهه ، وكذا أرش الجناية لأنه أخذ منهما فى مقابلة جزء من المبيع ، وإذا أخذ نماء أو وطئ أو استخدم لم يلزمه بيانه

(٢) قوله « وان اشترى ثوبا الخ » أى لأنه لو ضم ذلك إلى الثمن ثم أخبر به كان كذبا وتغريرا بالمشترى

على بعشرين فهل يجوز ؟ على وجهين[١] ، وان عمل فيه بنفسه عملا يساوى عشرة لم يجز ذلك وجها واحدا [٢] ، وان اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه ، وان قال اشتريته بعشرة جاز[٣] ، وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثانى ويخبر أنه اشتراه بخمسة

فصـــل

(السابع خيار يثبت لاختلاف المتبايعين) ، ومتى اختلفا فى قدر الثمن تحالفا[٤] : فيبدأ بيمين البائع فيحلف مابعته بكذا وإنما بعتكه بكذا ثم يحلف

---

(١) قوله « فان قال الخ » أصحهما أنه لا يجوز لأن فيه تلبيسا ، والثانى يجوز لأنه صادق ، ومثله أجرة متاعه وكيله ووزنه قاله فى الرعاية والفروع

(٢) قوله « وان عمل فيه بنفسه الخ » أى لأنه كاذب لأن عمله لم يغرم بسببه شيئا كما لو عمل غيره له بغير أجرة . وحاصله أن من أراد البيع مرابحة والسلعة بحالها أخبر بثمنها ، وإن تغيرت فعلى ضربين أحدهما أن تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة أو يحدث فيها نماء منفصل كالولد والثمرة فاذا باعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه الذى ابتاعها به ولو أخذ الزيادة المنفصلة ، الثانى أن يعمل فيها عملا كقصر الثوب ونحوه سواء قصر بنفسه أو استأجر من عمله فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى . الضرب الثانى أن تتغير بنقص كالمرض والجناية عليه أو تلف بعضه أو استغلاله كأخذ لبنه أو صوفه فانه يخبر بالحال قولا واحدا

(٣) قوله « وان قال اشتريته بعشرة الخ » صححه فى المغنى ونصره فى الشرح لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة ، قال فى الانصاف قلت وهو الصواب

(٤) قوله « ومتى اختلفا فى قدر الثمن تحالفا » نقله الجماعة وهو المذهب ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه ولفظه لمسلم وللبيهقى « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وكذا حكما (*) لسماع بينة كل منهما =

(*) كذا بالاصل والعبارة منقولة من المبدع وفيها سقط وعبارة المبدع (ولان كلا منهما مدع ومنكر صورة وكذا حكما الخ)

المشترى ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا ، فان نـكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه [١] ، وان تحالفا فرضى أحدهما بقول صاحبه أقر العقد [٢] والا فلـكل واحد منهما الفسخ[٣] ، وإن كانت السلعة تالفة رجعا الى قيمة مثلها[٤] ،

= قال فى عيون المسائل لا تسمع إلا بينة المدعى باتفاقنا ، ويؤكد ذلك حديث ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا » وعنه يقبل قول بائع مع يمينه ذكره فى الترغيب المنصوص لما روى ابن مسعود رضى الله عنه مرفوعا قال « اذا اختلف البائعان وليس بينهما بينة فالقول قول صاحب السلعة أو يترادان » رواه أحمد ، وكاختلافهما بعد قبضه ، وجوابه بأنه منقطع قاله الشافعى لـكن تعددت طرقه قال ابن عبد البر هو محفوظ مشهور قد اشتهر بالحجاز والعراق شهرة تستغنى عن الاسناد . وعنه يقبل قول مشتر مع يمينه لاتفاقهما على حصول الملك له ثم البائع يدعى عليه عوضا والمشترى ينـكر بعضه والقول قول المنـكر

على قوله « ومتى اختلفا فى قدر الثمن تحالفا الخ » وبه قال شريح وأبو حنيفة والشافعى وهو رواية عن مالك وله رواية أخرى أن القول قول المشترى مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر

(١) قوله « فان نـكل أحدهما الخ » هذا المذهب لقضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم رواه أحمد

(٢) قوله « أقر العقد » أى لان الراضى إن كان البائع فلا خيار للمشترى لانه حصل له ما ادعاه وكذا إن كان المشترى

(٣) قوله « وإلا فلـكل واحد الخ » هذا المذهب لانه عقد صحيح فلم ينفسخ باختلافهما وتعارضهما فى الحجة كما لو أقام كل منهما بينة ، وقيل ينفسخ بنفس التحالف ، وزعم ابن الزاغونى أنه المنصوص

(٤) قوله « وان كانت السلعة الخ » أى بعد التحالف وهو المذهب لعموم ماسبق فيغرم المشترى القيمة لتعذر رد العين ، وظاهره ولو كانت مثلية وفيه شئ ويقبل قول المشترى فيها نقله محمد بن العباس

فان اختلفا فى صفتهـا فالقول قول المشترى (١) ، وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشترى مع يمينه (٢) ، وان ماتا فورثتهما بمنزلتهما . ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهرا و باطنا ، وان فسخ الظالم لم ينفسخ فى حقه باطنا وعليه إثم الغاصب ، وان اختلفا فى صفة الثمن تحالفا (٣) إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع اليه (٤)، وان اختلفا فى أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه (٥) ، وعنه يتحالفان ، إلا ان يكون

على قوله « وان كانت السلعة تالفة الخ » فيه روايتان : إحداهما يتحالفان وهو قول الشافعى واحدى الروايتين عن مالك والأخرى القول قول المشترى مع يمينه اختارها أبو بكر وهو قول النخعى والثورى والاوزاعى وأبى حنيفة

(١) قوله « فان اختلفا فى صفتها الخ » أى لأنه غارم وسواء كانت الصفة عيبا كالبرص وخرق الثوب أولا كالسمن والكتابة . وقيل يقبل قول بائع فى نفى العيب قدمه فى المحرر

(٢) قوله « وعنه لا يتحالفان الخ » لانهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشترى واختلفا فى قدر زائد يدعيه البائع وينكره المشترى والقول قول المنكر

على قوله « وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة » لمفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « والسلعة قائمة » فدل على أنه لا يشرع عند عدمها ، والأول أولى ، قال أحمد رحمه الله تعالى لم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هارون وقد أخطأ رواه الخلق عن المسعودى بغير هذه الزيادة ولم يرجح فى الفروع شيئا

(٣) قوله « وان اختلفا فى صفة الثمن تحالفا » أى إذا كان فى البلد نقود

(٤) قوله « إلا أن يكون الخ » نص عليه لان الظاهر وقوع العقد به ، فان كان ثم نقود واحدها غالب أخذ به فى ظاهر كلامه ، فان تساوت فأوسطها ، وعنه الأقل ، وقال القاضى يتحالفان

(٥) قوله « وان اختلفا فى أجل الخ » أى لأن الأصل عدمه ويحلف على ذلك لأن قول الآخر محتمل . وعنه يتحالفان وهو المذهب على ما اصطلحناه لانهما اختلفا فى صفة العقد فوجب تحالفهما كالاختلاف فى الثمن ، وهذا الاختلاف جار فى الاختلاف فى الرهن والضمين وفى قدر ما وقعا به وفى قدر الأجل

شرطا فاسدا فالقول قول من ينفيه(١)، فان قال بعتنى هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع (٢) ، فان قال بعتنى هـذا قال بل هذا حلف كل واحد على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما (٣) ، وان قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشترى لا أسلمه حتى أقبض المبيع والثمن عين جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما ، وان كان دينا أجبر البائع على

على قوله « أو شرط » أى صحيح

على قوله « إلا أن يكون شرطا فاسدا » كما لو قال أحدهما وقع بخمر أو أجل مجهول

(١) قوله « إلا أن يكون شرطا فاسدا الخ » أى مع يمينه وظاهره سواء كان الشرط الفاسد يبطل البيع أولا . واعلم أنه إذا كان لا يبطل العقد فالقول قول من ينفيه على الصحيح من المذهب ، وان كان يبطل العقد فالقول قول من ينفيه وهـذا المذهب ، فان أقام كل منهما بينة قدمت بينة المدعى

على قوله « فان قال بعتنى هذين قال بل أحدهما » أو قال بعتك هـذا العبد بألف قال بل هو والعبد الآخر

(٢) قوله « فالقول قول البائع » أى مع يمينه هذا المذهب نص عليه لان البائع ينكر العقد الزائد فاختصت اليمين به كما لو اختلفا فى أصل العقد ، وعنه يتحالفان صححها ابن عقيل كشمنه قدمها فى التبصرة وغيرها قال فى الشرح وهو أقيس وأولى

(٣) قوله « فان قال بعتنى هـــذا الخ » هذا إحدى الطريقتين وهى طريقة المصنف هنا ، والطريقة الثانية أن حكم هذه المسألة حكم التى قبلها وهى المنصوصة عن أحمد رحمه الله تعالى وهى طريقة صاحب المحرر ، وإذا أقام كل منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لعدم تنافيهما وان أقام أحدهما بينة ثبت ويحلف المنكر للآخر ويبطل حكمه

على قوله « وان كان دينا » يعنى فى الذمة حالا

التسليم ثم يجبر المشـــترى على تسليم الثمن ان كان حاضرا (١) ، وان كان غائبا بعيدا أو المشترى معسرا فللبائع الفسخ (٢) ، وان كان فى البلد حجر على المشترى فى ماله كله حتى يسلمه ، وان كان غائبا عن البلد قريبا احتمل أن يثبت للبائع الفسخ واحتمل أن يحجر على المشترى (٣) ويثبت الخيار

---

(١) قوله « إن كان حاضرا » يعنى فى المجلس وهذا المذهب نص عليه وقيل له حبسه حتى يقبض ثمنه الحال كما لو خاف فواته واختاره المصنف ، فعلى ما اختاره المصنف لو سلمه البائع الى المشترى لم يملك بعد ذلك استرجاعه ولا منع المشترى من التصرف فيه

[فائدة] لو كان الخيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ولا يملك المشترى قبض المبيع فى مـــدة الخيار بدون إذن صريح من البائع نص عليه

على قوله « وان كان غائبا » * أى الثمن

على قوله « بعيدا » * أو فى مسافة القصر

على قوله « أو المشترى معسراً » * قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : أو مماطلا والمذهب خلافه

(٢) قوله « وان كان غائبا الخ » هذا المذهب لأن عليه ضررا فى تأخير الثمن فـكان له الفسخ والرجوع فى عين ماله كمفلس وكمبيع

[تنبيه] قد يقال ظاهر قوله والمشترى معسر أنه سواء كان معسرا به كله أو ببعضه وهو أحد الوجهين ، قال فى الإنصاف قلت وهو الصواب

على قوله « وان كان » * الثمن

على قوله « قريبا » * أى دون مسافة القصر

على قوله « احتمل أن يثبت للبائع الفسخ » * لأن فى التأخير ضررا عليه

(٣) قوله « واحتمل أن يحجر على المشترى » أى من غـــير فسخ وهو الصحيح من المذهب

[فائدتان] : إحداهما لو كان الثمن مؤجلا فالصحيح من المذهب أن المبيع =

للخلف فى الصفة وتغير ما تقدمت رؤيته (١) وقد ذكرناه

فصـــل

ومن اشترى مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه حتى يقبضه (٢) ، وان تلف

= لا يحبس عن المشترى نص عليه وقدمه فى الفروع ، وقيل يحبسه الى أجله جزم به فى الرعاية والوجيز قال فى الفروع اختاره الشيخ يعنى المصنف رحمه الله

الثانية : مثل البائع فى هذه الاحكام المؤجر بالنقد فى الحال

على قوله « واحتمل أن يحجر على المشترى » * وإذا أحضر المشترى أو وكيله أو وارثه نصف الثمن فهل يأخذ نصف المبيع أو كله أو لا يقبض شيئا حتى يزن الباقى أو يفسخ البيع ويرد ما أخذه ؟ فيه أوجه ، قال فى الانصاف قلت أما أخذ المبيع كله ففيه ضرر على البائع وكذا أخذ نصفه للتشقيص فالاظهر أنه لا يأخذ شيئا من المبيع حتى يأتى بجميع الثمن ، قال فى الفروع ومثله المؤجر بالنقد فى الحال

(١) قوله « ويثبت الخيار الخ » وفيه صورتان . إحداهما يثبت الخيار كما لو شرط كونه مسلما أو بكرا فبان بخلافه ، الثانية أن يشترط الأدنى فيظهر الأعلى كالكفر والثيوبة ونحوهما فإذا بان بخلافه فالأشهر أنه لاخيار له لانه زاده خيرا

(٢) قوله « ومن اشترى مكيلا الخ » لانه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع الطعام قبل قبضه » متفق عليه ، وقال ابن عمر رضى الله عنهما « رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه الى رحالهم » متفق عليه ، وكان الطعام يومئذ مستعملا غالبا فيما يكال ويوزن ، والإجاره والهبة ولو بلا عوض والرهن ولو قبض ثمنه والحوالة عليه كالبيع فلو تقابضاه جزافا لعلمهما قدره صح مطلقا ، وظاهر قوله « ومن اشترى مكيلا أو موزونا » أنه سواء كان مطعوما أو غير مطعوم وهو صحيح وهو المذهب ، وعنه محل ذلك فى المطعوم سواء كان مكيلا أو موزونا أو لا ، وقوله « لم يجز بيعه حتى يقبضه » هذا المذهب مطلقا ، وعنه يجوز بيعه لبائعه اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ، وجوز التولية فيه والشركة والمذهب خلاف ذلك

[فائدة] المبيع برؤية أو صفة متقدمة (*) من ضمان البائع حتى يقبضه =

(*) كذا بالأصل ، ولعل فيه تقديما وتأخيرا صوابه : بصفة أو رؤية متقدمة

قبل قبضه فهو من مال البائع [1] إلا أن يتلفه آدمى فيخير المشترى بين فسخ العقد وبين إمضائه ومطالبة متلفه بمثله[2]، وعنه فى الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها[3]، فان تلفت فهى من مال المشترى، وماعدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه [4]، وان تلف فهو من مال المشترى ، وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون فى ذلك . ويحصل

= المشترى، ولا يجوز للمشترى التصرف فيه قبل قبضه مكيلا أو موزونا أو غيرهما

[فائدتان] : وإذا آجر المبيع قبل قبضه فالصحيح من المذهب أنها لا تصح مطلقا ، وقيل يصح من بائع اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

الثانية الوصية به والخلع عليه فجوزه أبو يعلى الصغير واختاره الشيخ تقى الدين وفى طريقة بعض الأصحاب يصح تزويجه به واختار الشيخ تقى الدين أيضا جواز التصرف فيه بغير بيع

(١) قوله « وإن تلف الخ » اعلم أنه إذا تلف كله وكان بآفة سماوية انفسخ العقد وكان من ضمان بائعه ، وكذا إن تلف بعضه لكن هل يخير المشترى فى باقيه أو يفسخ ؟ فيه روايتان ، لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن ربح مالم يضمن » والمراد به ربح مابيع قبل القبض لأن ربح ما بيع بعده من ضمان المشترى وفاقا

(٢) قوله « إلا أن يتلفه آدمى الخ » هذا المذهب مطلقا ، وقوله ببدله أى بمثله إن كان مثليا والا بقيمته ، ويستثنى من ذلك ما اذا أتلفه المشترى لأن ذلك كالقبض ويستقر عليه الثمن فلو أتلف بعضه قبل قبضه انفسخ فى قدره وخير المشترى فى باقيه

(٣) قوله « وعنه فى الصبرة الخ » وفى المحرر هى المشهورة لقول ابن عمر رضى الله عنهما « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع » رواه البخارى تعليقا

على قوله « وما عدا المكيل والموزون » * وكذا المعدود والمذروع

(٤) قوله « وما عدا المكيل والموزون الخ » أى كالعبد والدار لقول ابن عمر رضى الله عنهما « كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ عنها الدنانير وبالعكس فسألنا رسول الله ﷺ فقال : لا بأس ان تأخذ بسعر يومها مالم تتفرقا وبينكما شئ » رواه الخمسة وهو من رواية عطاء بن السائب وسماك وفيهما كلام ، فهذا =

القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه [١]، وفى الصبرة وفيما ينقل بالنقل [٢]،وفيما يتناول بالتناول،وفيما عدا ذلك بالتخلية،وعنه أن قبض جميع

= تصرف فى الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين . وعن أحمد رحمه الله تعالى لايجوز بيع شىء قبل القبض اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما وهو قول أبى حنيفة والشافعى إلا أن أبا حنيفة اختار بيع العقار قبل قبضه ، واذا قلنا بجواز التصرف فيه فتلف فهو من ضمان المشترى وهذا المذهب،وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار ، وقال الشافعى هو من ضمان البائع فى الجميع ، واحتجوا بنهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه وبما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : أرى أن كل شىء بمنزلة الطعام ، وبما روى أبو داود « أن النبى ﷺ لما بعث عتاب بن أسيد نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » ولنا قوله ﷺ « الخراج بالضمان » وهذا المبيع للمشترى فضمانه عليه ، وقول ابن عمر رضى الله عنهما « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع » وهذا إذا لم يمنعه البائع نص عليه فان منعه منه حتى تلف ضمنه ضمان غصب لاعقد ، وليس اللزوم من أحكام القبض ، وسواء تمكن من قبضه أو لا ، وقال الشيخ تقى الدين : إذا تمكن من قبضه

على قوله « وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون فى ذلك » « أى فلا يجوز التصرف فيه مطلقا ولو ضمنه اختاره ابن عقيل والشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال : عليه تدل أصول أحمد رحمه الله تعالى

(١) قوله « ويحصل القبض الخ » لما روى عثمان رضى الله عنه مرفوعا « اذا بعت فكل ، واذا ابتعت فاكتل » رواه أحمد وهو للبخارى بغير إسناد ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا قال «من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله» رواه مسلم ، وكذا المعدود بعدّه وذرعه وهذا المذهب ، لكن يشترط فى ذلك حضور المستحق أو نائبه ، وعنه أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز

[فائدة] الصحيح من المذهب صحة استنابة من عليه الحق للمستحق فى القبض ، ونص أحمد على صحة قبض وكيل من نفسه لنفسه وهو المذهب

(٢) قوله «وفى الصبرة الخ» كالثياب والحيوان لحديث ابن عمر رضى الله =

الاشياء بالتخلية مع التمييز . والاقالة فسخ(١) يجوز فى المبيع قبل قبضه ،

= عنهما « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا النبى ﷺ أن نبيعه حتى ننقله » رواه مسلم . وعلم منه أن المراد بالمكيل والموزون ما بيع بهما لا ما كان مكيلا أو موزونا فى نفسه ، وان كان حيوانا فقبضه بمشيه من مكانه

على قوله « وفيما يتناول بالتناول » * كالأثمان والجوهر ، إذ العرف فيه ذلك

على قوله « فيما عدا ذلك » * كالعقار والثمرة على الشجر

على قوله « بالتخلية » * إذ القبض مطلق فى الشرع فيرجع فيه الى العرف كالحرز والتفرق قال الخرقى من غير حائل ، ومعناه أن يفتح له باب الدار ويسلمه مفتاحها ونحوه

(١) قوله « والاقالة فسخ » إذ هى عبارة عن الرفع والازالة يقال أقالك الله عثرتك أى أزالها ، فكانت فسخا للعقد بدليل جوازها فى السلم مع المنع من بيعه قبل قبضه ، وهى مستحبة لما روى ابن ماجه عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا « من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة » ورواه أبو داود وليس فيه « يوم القيامة » . وينبنى على هذا الخلاف فوائد كثيرة . منها اذا تقايلا قبل القبض فيما لايجوز بيعه قبل قبضه فيصح بيعه على المذهب ولا يصح على الثانية . ومنها جوازها فى المكيل والموزون بغير كيل ولا وزن على المذهب ولا يصح على الثانية . ومنها إذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس الثمن لم تصح الإقالة والملك باق للمشترى على المذهب وعلى الثانية فيه وجهان . ومنها صحته بعد نداء الجمعة على المذهب وعلى الثانية لا . ومنها نماؤه المنفصل فعلى الثانية لايتبع وعلى المذهب قال القاضى هو للمشترى . ومنها لو باعه نخلا حائلا ثم تقايلا وقد أطلع فعلى المذهب يتبع الأصل سواء كانت مؤبرة أو لا وعلى الثانية ان كانت مؤبرة فهى للمشترى الأول وان لم يكن فهى للبائع الأول . ومنها خيار المجلس فلا يثبت فيها على المذهب وعلى الثانية قال فى التلخيص يثبت فيها كسائر العقود . ومنها هل يرد بالعيب فعلى الثانية له الرد وعلى المذهب يحتمل أن لا يرد به ويحتمل أن يرد به قاله فى القواعد. ومنها لو باعه جزءاً مشاعا من أرضه فعلى المذهب لا يستحق المشترى ولا من حدث له شركة فى الأرض قبل المقايلة شيئا من الشقص بالشفعة وعلى الثانية يثبت لهم ، =

ولا يستحق بها شفعة ، ولا يجوز إلا بمثل الثمن [1] ، وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك الا بمثل الثمن فى أحد الوجهين

باب الربا والصرف

وهو نوعان : ربا الفضل ، وربا النسيئة [2] . فأما ربا الفضل فيحرم فى الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون [3] وان كان يسيرا كتمرة بتمرتين وحبة

= وكذا لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفا الآخر عن شفعته ثم تقايلا وأراد العافى أن يعود إلى الطلب فليس له ذلك على المذهب وعلى الثانية له ذلك

(١) قوله « ولا يجوز إلا بمثل الخ » أى قدرا ونوعا لأن العقد إذا ارتفع رجع كل منهما إلى ماكان له ولا يحتاج إلى استبراء قبل القبض ولا يلزم إعادة كيل أو وزن

(٢) قوله « هو نوعان ربا الفضل الخ » وكلاهما محرم إن قيل الآية لا إجمال فيها إذ الإجماع منعقد على تحريم ربا النسيئة وعامتهم كذلك فى ربا الفضل ، لكن وقع فى الصدر الأول عن أسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم لقول النبي ﷺ « لاربا إلا فى النسيئة » رواه البخارى ، وفى رواية « إنما الربا فى النسيئة » وعورض القائل به ورجع إلى قول الجماعة فصار إجماعا ، لكن اختلف فى رجوع ابن عباس رضى الله عنهما

(٣) قوله « فأما ربا الفضل الخ » وذلك لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد » رواه أحمد ومسلم . وعن أبى سعيد رضى الله عنه مرفوعا نحوه متفق عليه ، وأجمعوا على جريان الربا فى الأعيان الستة ، ثم اختلفوا هل هو لمعنى فيها أو لأعيانها وهل عرف ذلك المعنى أو لا ، وذهب جمهور العلماء إلى معرفة ذلك وتعديها إلى غير الستة ، ثم اختلفوا ، والأشهر عن إمامنا ومختار عامة الأصحاب أن علة الربا فى النقدين كونه موزون جنس وفى الاعيان الباقية كونه مكيل جنس فعليها يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غيره كالحبوب والأشنان والقطن والكتان والحديد والنحاس ، ولا يجرى فى مطعوم

بحبتين، وعنه لا يحرم إلا فى الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم[١]، وعنه لا يحرم إلا فى ذلك إذا كان مكيلا أو موزونا[٢]. ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا[٣]، ولا ما أصله الوزن كيلا، فإن اختلف

═لا يكال ولا يوزن كالمعدودات، فعلى هذا تباع بيضة وخيارة وبطيخة بمثلها(*) ورمانة نص عليه. وعلى المذهب يجوز إسلام أحد النقدين فى الموزون وبه أبطلت العلة لأن كل شيئين شملهما إحدى علتى ربا الفضل يحرم النسأ فيهما

(١) قوله «وعنه لا يحرم إلا فى الجنس الواحد الخ» أى للآدمى لما روى يعلى بن عبد الله «أن النبى ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل» رواه مسلم فعليها وعلى الثالثة العلة فى النقدين الثمنية وفى غيرهما كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات فعليها تجرى فى كل مطعوم قوتا كان أو أدما أو فاكهة أو دواء، ويستثنى منه الماء

(٢) قوله «وعنه لا يحرم إلا فى ذلك الخ» ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولى الشافعى واختارها المصنف والشيخ تقى الدين وقواها الشارح لما روى سعيد بن المسيب مرفوعا «لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل ويشرب» رواه الدار قطنى وقال: الصحيح أنه من قول سعيد، ومن رفعه فقد وهم، ولأن فيه جمعا بين الأدلة فنهيه عن بيع الطعام بالطعام محمول على ما فيه معيار شرعى وهو الكيل والوزن إذ الطعم بمجرده لا يحقق المماثلة، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين محمول على المطعوم فعليها لا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن كالرمان والسفرجل والأترج ولا فى غير مطعوم كالأشنان والحديد

[فائدة] الذهب والفضة داخلان على الروايات كلها فيحرم التفاضل فيهما مطلقا على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب إلا الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جوز بيع المصوغ المباح بقيمته حالا، قلت وعمل الناس عليه، وكذا جوزه نسأ مالم يقصد كونه ثمنا، وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أيضا بيع موزون ربوى بالتحرى للحاجة

(٣) قوله «ولا يباع ما أصله الخ» لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن═

(*) كذا بالاصل وصوابه: بمثليها كما فى المبدع

الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا(١). والجنس ماله اسم خاص يشمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والاخباز والأدهان، واللحم أجناس باختلاف أصوله(٢)،

= النبي ﷺ قال « الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم، وروى أبو داود من حديث عبادة رضى الله عنه مرفوعا « البر بالبر مدين بمدين والملح بالملح مدين بمدين والشعير بالشعير مدين بمدين والتمر بالتمر مدين بمدين فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فاعتبر الشارح المساواة فى الموزونات بالوزن وفى المكيلات بالكيل فمن خالف ذلك خرج عن المشروع

[فائدة] إذا باع صبرة بأخرى من جنسها وقد علما كيلهما أو تساويهما صح لوجود التماثل المشترط، فلو قال بعتك هذه بهذه مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح فان زادت إحداهما فرضى صاحب الناقصة بها ورضى صاحب الزائدة برد الفضل جاز، فان امتنعا فسخ البيع بينهما ذكره القاضى

على قوله « ولا ما أصله الوزن كيلا » أى بشئ من جنسه كيلا وهذا المذهب وعليه الأصحاب، قال فى الفائق قال شيخنا — ويعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى — ان بيع المكيل بشئ من جنسه وزنا ساغ، وقال فى الفروع ويتوجه من جواز بيع حب بدقيقه وسويقه جواز بيع مكيل وزنا وموزون كيلا اختاره شيخنا

(١) قوله « فان اختلف الجنس الخ » وهو قول أكثر العلماء لقوله عليه الصلاة والسلام « فاذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم يدا بيد » ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا، وشمل كلام المصنف مسألتين إحداهما باع مكيلا بموزون أو موزونا بمكيل فهذا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا إذا اختلف الجنس قولا واحدا ونص عليه، الثانية باع مكيلا بمكيل أو موزونا بموزون واختلف الجنس فعموم كلام المصنف هنا أنه يجوز وهو قول أكثر الأصحاب واختاره المصنف، وعنه لا يجوز ذلك جزافا اختاره جماعة من الأصحاب وهو المنصوص عن أحمد قال فى الإنصاف قلت هذا المذهب لانه المنصوص عن أحمد رحمه الله تعالى

(٢) قوله « واللحم الخ » وهو المذهب، وعنه جنس واحد ويرجحه نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل وهى كلها طعام، لكن الحديث =

وعنه جنس واحد وكذلك اللبن ، وعنه فى اللحم أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء . واللحم والشحم والكبد أجناس . ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه [1] ، وفى بيعه بغير جنسه وجهان . ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا سويقه فى أصح الروايتين [2] ، ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه [3]

= محمول على ما إذا اتفق الجنس

على قوله « واللحم والشحم والكبد أجناس » ، وهذا ظاهر المذهب وهو قول أبى حنيفة والشافعى لانهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة

(١) قوله « ولا يجوز بيع لحم الخ » لايختلف المذهب فى ذلك وهو قول الفقهاء السبعة لما روى مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب ان النبى ﷺ « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيده ، وعن سعيد أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الحى بالميت » ذكره أحمد واحتج به

على قوله « لايجوز بيع لحم بحيوان من جنسه » ، وهو مذهب مالك والشافعى ، وكذلك لايجوز بيع الزبد بالسمن على الصحيح من المذهب قدمه فى المغنى والشرح ونصراه

(٢) قوله « ولا يجوز بيع حب الخ » وهو قول سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد ومكحول والثورى وأبى حنيفة وهو المشهور عن الشافعى لأن كل واحد منهما مكيل ويشترط فى بيع المكيل بجنسه التساوى وهو متعذر هنا لان أجزاء الحب تنتشر بالطحن والنار قد أخذت من السويق ، والثانية الجواز لان الدقيق نفس الحب وإنما تكسرت أجزاؤه فعليها تعتبر المساواة وزنا إذ التساوى لايحصل بالكيل

(٣) قوله « ولا يجوز بيع نيئة بمطبوخه » أى كالحنطة بالهريسة أو الخبز والنشا ونحوها لأن النار تعقد أجزاء المطبوخ وتنفخها فلا يحصل التساوى

على قوله « ولا خالصه بمشوبه » ، وكذا لا يجوز مشوبه بمشوبه وهذا المذهب

ولا أصله بعصيره [١] ولا خالصه بمشوبه [٢] ولا رطبه بيابسه [٣]، ويجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا فى النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا فى النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه. ولا يجوز بيع المحاقلة وهو بيع الحب فى سنبله بجنسه [٤]، وفى بيعه بغير جنسه وجهان. ولا المزابنة [٥] وهى بيع الرطب فى رءوس النخل بالتمر [٦]،

---

(١) قوله «ولا أصله بعصيره» أى كزيتون بزيت وسمسم بشيرج وسائر الأدهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان به لانه مال بيع بأصله الذى فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان

(٢) قوله «ولا خالصه بمشوبه» أى كحنطة فيها شعير بخالصه أو لبن خالص بمشوبه لانتفاء التساوى المشترط، إلا ان يكون الخلط يسيرا كحبات ويسير التراب

(٣) قوله «ولا رطبه الخ» كبيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب لما روى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه «ان النبى ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا نعم فنهى عن ذلك» رواه مالك وأبو داود وهو موجود فى كل رطب بيع بيابسه

(٤) قوله «بيع المحاقلة الخ» لقول أنس رضى الله عنه «نهى النبى ﷺ عن بيع المحاقلة» رواه البخارى لأن الحب إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالكيل، والجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل

على قوله «وجهان» أحدهما يصح وهو الصحيح وجزم به فى المغنى لأن النهى لخوف التفاضل المحرم وهو منتف فى الجنسين

(٥) قوله «ولا المزابنة» لقول ابن عمر رضى الله عنهما «نهى النبى ﷺ عن المزابنة» متفق عليه، وفى صحيح مسلم عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا أنه نهى عن المزابنة، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا

(٦) قوله «ولا المزابنة الخ» قلت قد اختلف العلماء فى معنى حديث جابر رضى الله عنه ولفظه «عن جابر رضى الله عنه أن أباه قتل يوم أحد شهيدا وعليه

تابع الحاشية

= دين فاشتد الغرماء فى حقوقهم ، قال : فأتيت النبى ﷺ فسألهم أن يقبلوا ثمرة حائطى ويحللوا أبى فأبوا ، فلم يعطهم النبى ﷺ حائطى وقال : سنغدو عليك . فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل ودعا فى ثمرها بالبركة ، فجددتها فقضيتهم و بقى لنا من ثمرها ، وفى لفظ ، ان أباه توفى وترك عليه ثلاثين وسقا لرجل من اليهود فاستنظره جابر فأبى أن ينظره ، فكلم جابر رضى الله عنه رسول الله ﷺ يشفع له إليه فجاء رسول الله ﷺ وكلم اليهودى ليأخذ ثمرة نخله بالذى له فابى فدخل النبى ﷺ النخل فمشى فيها ثم قال لجابر : جد له فأوف الذى له ، فجده بعد ما رجع رسول الله ﷺ فأوفاه ثلاثين وسقا وفضلت سبعة عشر وسقا ، رواها البخارى . قال بعض العلماء : فيه دليل على جواز المصالحة بالمجهول عن المعلوم ، وذلك لأنه ﷺ سأل الغريم أن يأخذ ثمر الحائط وهو مجهول القدر فى الأوساق التى له وهى معلومة . قلت وقد ساق بعض العلماء هذا الحديث فى باب الصلح ، وقال المهلب : لايجوز عند أحد من العلماء أن يأخذ من له دين تمر تمرا مجازفة بدينه لما فيه من الجهل والغرر ، وإنما يجوز أن يأخذ مجازفة فى حقه أقل من دينه إذا علم الآخذ ذلك ورضى انتهى . وهكذا قال الدمياطى . وتعقبهما ابن المنير فقال : بيع المعلوم بالمجهول مزابنة فان كان تمرا نحوه فمزابنة وربا لكن اغتفر ذلك فى الوفاء ، وتبعه الحافظ ابن حجر على ذلك فقال : إنه يغتفر فى القضاء من المعاوضة مالا يغتفر إبتداء لان بيع الرطب بالتمر لا يجوز فى غير العرايا ، ويجوز فى المعاوضة عند الوفاء . قال : وذلك بين فى حديث الباب . انتهى . والحاصل أن هذا الحديث مخصص للعمومات المتقدمة فى البيع القاضية بوجوب معرفة كل واحد من البدلين المتساوية جنسا وتقديرا فيجوز القضاء مع الجهالة إذا وقع الرضا ، ويؤيد هذا حديث أم سلمة رضى الله عنها قالت ، جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فى مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ : إنكم تختصمون إلى ، وانما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضى بينكم على نحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار يأتى بها اسطاما فى عنقه يوم القيامة . فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقى لأخى . فقال رسول الله ﷺ : أما إذا قلتما فاذهبا فاقتسما ثم توخيا الحق ثم =

إلا فى العرايا (١) وهى بيع الرطب (٢) فى رءوس النخل (٣) خرصا بمثله من

═ استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه، رواه أحمد وأبو داود . وفى رواية لأبي داود « إنما أقضى بينكم برأيي فيما لم ينزل على » ، وأخرجه أيضاً ابن ماجه وسكت عنه أبو داود والمنذرى ، فصرح الحديث بجواز المصالحة بالمعلوم عن المجهول ، والمواريث الدارسة تطلق على الأجناس الربوية وغيرها فهو يقضى بعمومه أنها تجوز المصالحة مع جهالة أحد العوضين وان كان المصالح به والمصالح عنه ربويين ، ولكن لابد من وقوع التحليل كما هو مصرح به فى الحديثين

(١) قوله « إلا فى العرايا » فانها جائزة فى قول أكثر أهل العلم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ رخص فى العرايا ، وكذا رواه زيد بن ثابت وسهل بن أبى حثمة متفق عليه . والقياس لا يعمل به مع وجود النص

(٢) قوله « وهو بيع الرطب » مفهوم كلام المصنف وغيره أنه لايجوز فى غير التمر قولا واحدا وهو كذلك إلا الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جوز ذلك فى الزرع وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله جواز بيع الخبز الطرى باليابس فى برية الحجاز ونحوها ذكره عنه فى الفائق والزركشى وزاد بيع الفضة الخالصة بالمغشوشة نظرا للحاجة

(٣) قوله « وهو بيع الخ » أى فلو كان على وجه الأرض لم يجز للنهى عنه ، والرخصة وردت فى بيعه على أصوله ، وقد روى عن محمود بن لبيد قال « قلت لزيد ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتى ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم يأكلونه رطبا » متفق عليه

على قوله « خرصا » » أى لا أقل ولا أكثر ، لان الشارع أقام الخرص مقام الكيل

على قوله « بمثله من التمر » » أى فلا يجوز بيعها بخرصها رطبا

على قوله « كيلا » » أى يكون الثمن المشترى به كيلا لا جزافا

التمر كيلا فيما دون خمسة أوسق[1] لمن به حاجة الى أكل الرطب[2] ولا ثمن معه ويعطيه من التمر مثل ما يأول إليه ما فى النخل عند الجفاف . وعنه يعطيه مثل رطبه ، ولا يجوز فى سائر الثمار فى أحد الوجهين . ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض[3] ، ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما كمد

---

(١) **قوله** « فيما دون الخ » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله ﷺ رخص فى العرايا أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق أوخمسة أوسق » متفق عليه ، شك داود بن الحصين أحد رواته ، وهذا يخص ماسبق من الاخبار فعلى هذا لايجوز فى الخمسة فى ظاهر المذهب لوقوع الشك ، وعنه بلى نظرا لعموم أحاديث الرخصة

(٢) **قوله** « لمن به حاجة إلى أكل الرطب » هذا بلا نزاع . ومفهوم كلام المصنف أن البائع لو احتاج الى أكل التمر ولا ثمن معه إلا الرطب أنه لايجوز ذلك وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب ، وقيل يجوز ذلك وعللوه فقالوا جواز ذلك بطريق التنبيه لانه إذا جاز مخالفة الاصل لحاجة التفكه فلحاجة الاقتيات أولى ، اختاره أبو بكر فى التنبيه وجزم به فى المحرر والوجيز والرعاية الصغرى والحاويين والنظم وتذكرة ابن عبدوس والفائق والمنور ومنتخب الازجى

[فائدة] لابد فى العرايا من الحلول والقبض من الطرفين فى مجلس العقد نص عليه . ففى النخلة بالتخلية وفى التمر بكيله فان سلم أحدهما ثم مشى الى الآخر فسلمه جاز التبايع

على **قوله** « ولا ثمن معه » ، فعلى هذا إن كان معه ثمن لم يجز لقوله « ولا ثمن بايديهم »

على **قوله** « فى أحـــد الوجهين » ، وهو المذهب ، والوجه الثانى يجوز وهو مقتضى اختيار الشيخ تقى الدين . قلت وهو الصواب قاله فى الإنصاف

(٣) **قوله** « ولا يجوز بيع جنس الخ » وهو المذهب نص عليه فى مواضع كثيرة ، وروى عن سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين ، وقال الشافعى واسحق وتسمى مسألة مد عجوة لما روى فضالة بن عبيد قال « أتى النبى ﷺ بقلادة فيها خرز وذهب ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو بسبعة فقال النبى =

عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم ، وعنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره [1] ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه ، وان باع نوعى جنس بنوع واحد منه كدينار

= ﷺ : لاحتى تميز ما بينهما قال فرده » رواه أبو داود . وفى لفظ لمسلم « أن النبي ﷺ أمر بالذهب الذى فى القلادة فنزع وحده ثم قال لهم : الذهب بالذهب وزنا بوزن » ولان الصفة إذا جمعت شيئين مختلفى القيمة انقسم الثمن على قدر قيمتها كما لو اشترى شقصا وسيفا فان الشفيع يأخذ الشقص بقسطه منه وهذا يؤدى هنا إما إلى العلم بالتفاضل أو الى الجهل بالتساوى وكلاهما مبطل للعقد

(١) قوله « وعنه يجوز الخ » اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى موضع من كلامه. فعليها يجوز بيع درهمين بمد ودرهم ومدين بدرهم ومدودرهم ومد بدرهم ومد ومدين ودرهم بمد ودرهم وعكسه ، ولا يجوز درهم بمد ودرهم ولا مد بدرهم ومد ونحوه ذلك ، وعنه رواية ثالثة يجوز إن لم يكن الذى معه مقصودا اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وذكره ظاهر المذهب ونصره صاحب الفائق . وقال مالك رحمه الله تعالى فى الموطأ فى باب المساقاة : وذلك أن من أمور الناس أن يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة والخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت فى ذلك شئ موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا ، والأمر فى ذلك عندنا الذى عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه إذا كان الشئ من الشئ من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل انتهى ، فأما إن كانت الحلية من غير جنس الثمن فانه يجوز على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب ، وعنه لا يجوز قال فى الارشاد وهى أظهرها لانه لو استحق وتلف لم يدر بما يرجع

[فائدة] لو دفع إليه درهما وقال أعطنى بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوسا أو حاجة أخرى جاز كما لو دفع إليه درهمين وقال أعطنى بهذا الدرهم فلوسا وبالآخر نصفين ، كذا لو قال أعطنى بهذا الدرهم نصفا وفلوسا جاز ، ذكر ذلك المصنف والشارح وغيرهما

قراضة وصحيح بصحيحين جاز [1] أومأ إليه أحمد وذكره أبو بكر ، وعند القاضي هي كالتي قبلها ، ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه [2] ، وفي بيع النوى بتمر فيه النوى واللبن بشاة ذات لبن والصوف بنعجة عليها صوف روايتان . والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ ، وما لا عرف له به ففيه وجهان : أحدهما يعتبر عرفه في موضعه ، والآخر يرد إلى أقرب الأشياء شبها بالحجاز

فصل

وأما ربا النسيئة فكل شيئين ليس أحدهما ثمنا [3] علة ربا الفضل فيهما

على قوله « بشرط ان يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره » * كمدين بمد ودرهم

(١) قوله « وان باع نوعى جنس الخ » وكذا عكسه جاز وكذا لو باع حنطة سمراء أو سمراء ببيضاء أو تمرا برنيا ومعقليا بإبراهيمى ونحوه هذا المذهب فى ذلك أومى إليه أحمد رحمه الله تعالى واختاره أبو بكر والمصنف والشارح لان الشارع اعتبر المثلية فى ذلك فدل على الاباحة عندها وهى فى الموزون وزنا وفى المكيل كيلا والجودة ساقطة هنا

على قوله « أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه » * كمد ودرهم بمد ودرهم

على قوله « قراضة » * أى قطع الذهب

(٢) قوله « ولا يجوز بيع تمر الخ » أى لاشتمال احدهما على ما ليس من جنسه ، وكذا لو نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لان التبعية قد زالت فصار كمد عجوة

(٣) قوله « ليس أحدهما ثمنا » يحترز به عما إذا كان أحد العوضين من الأثمان والآخر من غيرها فانه يجوز النسأ بينهما بغير خلاف لان الشارع أرخص فى السلم والأصل فى رأس ماله النقدان فلو حرم النسأ فيه لانسد باب السلم فى ==

واحدة كالمكيل بالمكيل والموزن بالموزون لا يجوز النسأ فيهما[١]، وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد[٢] ، وإن باع مكيلا بموزون جاز التفرق قبل القبض[٣] ، وفى النسأ روايتان[٤]. وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النسأ فيهما[٥]، وعنه لا يجوز، وعنه لا يجوز فى الجنس الواحد كالحيوان

= الموزونات غالبا إلا صرف فلوس نافقة بنقد فيشترط فيه الحلول والقبض على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الاصحاب ، وعنه لا اختاره ابن عقيل والشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

(١) قوله « لا يجوز النسأ فيهما » وذلك بغير خلاف نعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى سعيد رضى الله عنه « لا تبيعوا منها غائبا بناجز » ولقوله عليه الصلاة والسلام « البر بالبر ربا إلاهاء وهاء الخ » ومعناها على اختلاف لغاتها خذ وهات فى الحال كيداً بيد

(٢) قوله « وان تفرقا الخ » نص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد والمراد به القبض

(٣) قوله « وان باع مكيلا الخ » هذا المذهب لأن علتهما مختلفة فلم يشترط القبض قبل التفرق كالثمن بالمثمن ، وظاهر كلام الخرقى وجوب التقابض وصرح به ابن عبدوس على رواية منع النسأ وهو ظاهر حديث عبادة رضى الله عنه

(٤) قوله « وفى النسأ الخ » إحداهما يجوز وهى المذهب لانهما لم يجتمعا فى أحد وصفى علة ربا الفضل أشبه الثياب بالحيوان ، والثانية لا يجوز لانهما من أموال الربا ليس أحدهما نقدا فحرم النسأ فيهما كالمكيل بمثله

(٥) قوله « وما لا يدخله الخ » وهو من المذهب سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه متساويا أو متفاضلا لامر النبى ﷺ عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما أن يأخذ على قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة رواه أحمد والدارقطنى وصححه ، وإذا جاز فى الجنس الواحد ففى الجنسين أولى ، وعنه لا يجوز لما روى الحسن عن سمرة رضى الله عنه مرفوعا قال « نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئه » رواه الخمسة وصححه الترمذى ولم يفرق بين الجنس والجنسين =

بالحيوان (١) ويجوز فى الجنسين كالثياب بالحيوان ، ولا يجوز بيع الـكالىء بالـكالىء وهو بيع الدين بالدين (٢)

فصـــل

ومتى افترق المتصارفان قبـــل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل

= وضعف فى المغنى هذه الرواية لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير دليل مع أن أحمد لا يصحح سماع الحسن من سمرة

(١) قوله « وعنه لايجوز فى الجنس الخ » لحديث سمرة فانه يدل على المنع فى الجنس الواحد بمنطوقه وعلى الجواز فى الجنسين بمفهومه وفيه رابعة أنه لايحرم الا فيما بيع بجنسه متفاضلا اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « لا يصلح الحيوان بالحيوان اثنان بواحد نسيئة ولا بأس به يدا بيد » رواه الترمذى وحسنه. ومفهومه جواز الواحد بالواحد لـكنه من رواية الحجاج بن أرطاة

[فائدة] حيث قلنا حرم فان كان مع أحد العرضين نقد فان كان وحده مؤجلا جاز اذ لاتساوى بين الثمن والمثمن ولو كان النقد حالا والعرضان أو احدهما نسيئة لم يجز نص عليه حذارا من النسيئة فى العروض

(٢) قوله « ولا يجوز بيع الخ » وحكاه ابن المنذر اجماعا لقوله نهى النبي ﷺ عن بيع الـكالىء بالـكالىء رواه أبو عبيد فى الغريب وهو بيع ما فى الذمة بثمن مؤجل لمن هو عليه وله صور : منها بيع ما فى الذمة حالا من عروض أو أثمان بثمن الى اجل ممن هو عليه . ومنها جعل رأس مال السلم دينا . ومنها لو كان لـكل واحد من اثنين دين على صاحبه من غير جنسه كالذهب والفضة وتصارفا ولم يحضرا شيئا فانه لايجوز سواء كانا حالين أو مؤجلين نص عليه فيما اذا كانا نقدين واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى الجواز ، فان أحضر أحدهما جاز بسعر يومه وكان العين بالدين وهذا المذهب نص عليه ، فعلى المذهب لو كان مؤجلا فقد توقف أحمد رحمه الله تعالى عن ذلك . وذكر القاضى فيه وجهين أحدهما يجوز أيضاً اختاره المصنف والشارح ، والوجه الثانى لا يجوز

قبض رأس ماله بطل العقد (١) ، وان قبض البعض ثم افترقا بطل فى الجميع فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يبطل فيما لم يقبض (٢) ، وان تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ماقبضه رديئا فرده بطل العقد فى إحدى الروايتين (٣) ، والأخرى ان قبض عوضه فى مجلس الرد لم يبطل (٤) ، وان رد بعضه وقلنا يبطل فى المردود فهل يبطل فى غيره؟ على وجهين . والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين فى العقد فى أظهر الروايتين (٥) فلا يجوز

---

(١) **قوله** « ومتى افترق المتصارفان الخ » الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض والقبض شرط لصحة العقد نص عليه وحكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه ولقوله عليه الصلاة والسلام « وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد »

(٢) **قوله** « وان قبض البعض الخ » المذهب أنه يبطل فيما لم يقبض لأنهما مبنيان عند الأصحاب على تفريق الصفقة فلو صارف رجلا دينارا بعشرة دراهم وليس معه إلا خمسة لم يجز تفرقهما قبل قبض العشرة فان قبض الخمسة ثم افترقا فعلى ما سبق فان أراد صحة العقد فسخا الصرف فى النصف الذى ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ثم يشترى منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون نصفه له والباقى أمانة فى يده ثم يفترقان

(٣) **قوله** « وان تقابضا الخ » اختاره الخرقى وجمع لأن قبض مال الصرف فى المجلس شرط ولم يوجد لتفرقهما قبل قبض المعقود عليه ، وظاهر المتن أنه يشمل ما اذا كان العيب من جنس المعقود عليه كالسواد فى الفضة والوضوح فى الذهب وما إذا كان من غير جنسه كالرصاص فى الفضة ونحوه والمذهب فيه البطلان وحمله فى الشرح على الأخير وشرط فى المغنى كون العيب من الجنس

(٤) **قوله** « والأخرى إن قبض الخ » أى لأن قبض عوضه فى مجلس الرد يقوم مقام قبضه فى مجلس العقد

(٥) **قوله** « والدراهم والدنانير الخ » هذا هو المعمول به عند الأصحاب لأن ذلك عوض مشار إليه فى العقد فوجب أن يتعين كسائر الأعواض ولأنه أحد العوضين فتعين بالتعين كالآخر

إبدالها [١] ، وان وجدها معيبة خير بين الإمساك والفسخ ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالأرش [٢] ، وان خرجت مغصوبة بطل العقد [٣] . والأخرى لاتتعين فلا يثبت فيها ذلك [٤] . ويحرم الربا بين المسلم والحربى وبين المسلمين فى دار الحرب كما يحرم بين المسلمين فى دار الاسلام

على **قوله** « تتعين بالتعيين » « يعنى فى جميع عقود المعاوضات

(١) **قوله** « فلا يجوز ابدالها » أى لأن العقد واقع على عينها

على « **قوله** وإن وجدها معيبة » « أى والعيب من جنسها ، وأما إذا كان من غير جنسها فالعقد باطل

(٢) **قوله** « ويتخرج الخ » أى لأنه مبيع أشبه سائر المبيعات ، هذا إذا كان العيب من جنس النقود فان كان من غير جنسها بطل العقد إذا كان فى جميعها وإن كان فى بعضها بطل فيه وفى الباقى قولا ، وفى المغنى لا أرش مع الإمساك إذا وقع العقد على مثله كالدراهم بمثلها لأن أخذ الأرش يفضى إلى التفاضل المحرم ، وخرج القاضى وجها بجوازه فى المجلس لانها زيادة طرأت بعد العقد ، ورده المؤلف ، وان وقع على غير مثله كالدراهم والدنانير فله أخذ الأرش فى المجلس ولم يحك فيه خلافا ، وان كان بعد التفرق لم يجز لحصول الفرقة قبل القبض المعتبر

(٣)**قوله** « وان خرجت الخ » أى كالمبيع إذا ظهر مستحقا ، واذا تلف قبل القبض تلف من مال البائع بناء على المذهب فى ان المتعين لا يفتقر الى قبض

(٤) **قوله** « فلا يثبت الخ » أى فله إبدالها مع عيب وغصب ، وان تلفت قبل قبضها فهى من مال المشترى

[مسائل] يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر على الأصح ان حضر أحدهما والآخر فى الذمة مستقر بسعر يومه نص عليه لخبر ابن عمر رضى الله عنهما فى بيع الإبل بالبقيع ويكون صرفا بعين وذمة ومنع منه ابن عباس رضى الله عنهما وجمع . وهل يشترط حلوله ؟ فيه وجهان . وان كانا فى ذمتهما فاصطرفا فنصه لايصح واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جوازه . ومنها إذا كان ==

باب بيع الأصول والثمار

ومن باع داراً تناول البيع أرضها وبناءها وما يتصل بها لمصلحتها [(١)] كالسلاليم والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة والخوابى المدفونة والرحى المنصوبة ، ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والاحجار المدفونة ، ولا المنفصل منها كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش ، الا ما كان من مصالحها كالمفتاح ، وحجر الرحى الفوقانى فعلى وجهين [(٢)] . وان باع أرضا بحقوقها

= له على آخر دنانير فقضاه دراهم شيئا فشيئا فان كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح نص عليه ، فان لم يفعلا ذلك ثم تحاسبا بعد تصارفه بهـا (*) وقت المحاسبة لم يجز نص عليه لانه يصير بيع دين بدين ، وان قبض أحدهما من الآخر ما له عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، فلو أعطاه الدراهم شيئا بعد شئ ولم يقضه اياها وقت دفعها اليـه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب ذلك منها يوم القضاء. لايوم دفعها إليه لأنها وديعة فى يده فان تلفت أو نقصت كان من ضمان مالكها على المشهور . ومنها لو كان له عند صيرفى دنانير فاخذ منه دراهم ادرارا لتكون هذه بهذه لم يجز ، فان أراد المصارفة أحضر أحدهما واصطرفا بعين وذمة . ومنها المقبوض بعقد فاسد كالمقبوض بعقد صحيح فيما يرجع الى الضمان وعدمه

(١) قوله « ومن باع داراً الخ » شمل قوله « أرضهـا » المعدن الجامد وهو صحيح ولا يشمل المعادن الجارية على الصحيح من المذهب ، وعنه يدخل ويدخل أيضاً الشجر والنخل المغروس فى الدار قولا واحداً عند أكثر الأصحاب

[فائدة] مرافق الاملاك كالطرق والافنية ومسيل المـاء ونحوها هل هى مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص ؟ فيه وجهان : أحدهما ثبوت حق الاختصاص بها من غير ملك ، والثانى الملك جزم به فى الـكل صاحب المغنى

(٢) قوله « إلا ما كان من مصالحها الخ » أحدهما لايدخل وهو المذهب ، الوجه الثانى يدخل صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز ورجحه فى المبدع

(*) قوله « بعد تصارفه بهـا » كذا بالاصل كما فى المبدع . والصواب « فصارفه بها » كما فى المغنى والشرح

دخل غراسها وبناؤها فى البيع،وان لم يقل « بحقوقها » فعلى وجهين[١] ، وان كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول أو تكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان فالأصول للمشترى والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء والباذنجان للبائع إلا أن يشترطه المبتاع[٢] ، وان كان فيها زرع لايحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى الى الحصاد إلا أن يشترطه المبتاع [٣]

[فائدة] لو كان فى الدار متاع وطالت مدة نقله وقيده جماعة بفوق ثلاثة أيام فهو عيب ، والصحيح من المذهب تثبت اليد عليها ، وقيل لا ، وكذا الحكم فى أرض بها زرع للبائع فلو تركه له ولا ضرر فلا خيار له ولا أجرة لمدة نقله على الصحيح من المذهب . وان لم يتضرر مشتر ببقائه فنى اجباره وجهان . قال فى الانصاف : قلت الاولى أن له إجباره

(١) قوله « وان لم يقل بحقوقها الخ » أحدهما يدخل وهو المذهب

[فوائد] (*) حكم الارض اذا رهنها حكمها إذا باعها خلافا ومذهبا وتفصيلا على ماتقدم ، وكذا الوصية

(الثانية) لو باعه شجرة فله تبقيتها فى أرض البائع كالثمر على الشجر

(٢) قوله « وان كان فيها زرع الخ » هذا المذهب سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا أو أكثر كالرطبة وعلى البائع قطع مايستحقه منه فى الحال فانه ليس لذلك حد ينتهى إليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ماكان ظاهرا والزيادة من الأصول التى فى ملك المشترى ، وكذا الحكم لو كان مما يؤخذ زهره ويبقى فى الأرض كالبنفسج والنرجس من الورد والياسمين ، فأما زهره فان تفتح فهو للبائع وما لم يتفتح للمشترى

(٣) قوله « وان كان فيها زرع الخ » وكذلك القطنيات ونحوها وهذا المذهب وعليه الأصحاب قال فى المغنى لا أعلم فيه خلافا . وقوله « مبقى الى =

(*) كذا بالاصل ولم يذكر الا اثنتين

فصـــل

ومن باع نخلا مؤبرا وهو ماتشقق طلعه فالثمر للبائع متروكا فى رءوس النخل الى الجذاذ إلا أن يشترطه المبتاع [1] ، وكذلك الشجر إذا كان فيه

= الحصاد ، يعنى بلا أجرة ويأخذه أول وقت أخذه ، زاد المصنف وتبعه الشارح : ولو كان بقاؤه خيرا له

[فوائد] لو اشترى أرضا فيها زرع للبائع أو شجرا فيها ثمر للبائع وظن دخوله فى البيع ومثله يجهله فله الفسخ

(الثانية) لو كان فى الأرض بذر فان كان أصله يبقى فى الأرض كالنوى وبذر الرطبة ونحوهما فحكمه حكم الشجر على ما تقدم . وان كان لا يبقى أصله كالزرع ونحوه فحكمه حكم الزرع البادى . هذا المذهب

(الثالثة) لو باع الأرض بما فيها من البذر ففيه ثلاثة أوجه : أحدها يصح اختاره القاضى فى المجرد قال فى الإنصاف وهو الصواب لانه دخل تبعا ، والثانى لايصح مطلقا اختاره ابن عقيل وهو مذهب الشافعى ، والثالث إن ذكر قدره ووصفه صح والا فلا

(١) قوله « ومن باع نخلا الخ » لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « سمعت رسول الله ﷺ يقول : من باع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » متفق عليه ، وأصل التأبير التلقيح وهو وضع الذكر فى الانثى ، وليس بمراد ، ولهذا فسره بالتشقق اذ الحكم منوط به وان لم يلقح لصيرورته فى حكم عين أخرى ، وإنما نص على التأبير لملازمته التشقيق وهذا المذهب ، وعنه الحكم منوط بالتأبير لا بالتشقيق وهو ظاهر الخبر ونصرها الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وهو المختار ، وطلع الفحال يراد للتلقيح كطلع الإناث على الصحيح من المذهب ولم يتعرض المؤلف لبيان تأبير البعض والنخلة الواحدة إذا أبر بعضها فان الجميع للبائع اتفاقا

[فائدة] حكم سائر العقود فى ذلك كالبيع فى أن الثمرة المؤبرة تكون لمن =

باد[1] كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز وما ظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل واللوز وما خرج من أكمامه كالورد والقطن وما قبل ذلك فهو للمشترى ، والورق للمشترى بكل حال ، ويحتمل فى ورق التوت المقصود أخذه أنه إن تفتح فهو للبائع وان كان حبا فهو للمشترى ، وان ظهر بعض الثمرة فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشترى ، وقال أبو حامد الكل للبائع . وان احتاج الزرع أو الثمرة الى سقى لم يلزم المشترى ولم يملك منع البائع منه

= انتقل عنه الأصل وغير المؤبرة لمن انتقل إليه وذلك مثل الصلح والصراف(*) وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن والشفعة ، إلا أن فى الأخذ بالشفعة وجها آخر أنه يتبع فيه المؤبر إذا كان فى حال البيع غير مؤبر . وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه : أحدها يتبع الطلع مطلقا بناء على أنه زيادة متصلة أو على أن الفسخ رفع العقد من أصله ، والثانى لايتبع بحال بناء على أنه زيادة منفصلة ، والثالث أنه كالعقود المتقدمة . هذا كله على القول بان النماء المنفصل لا يتبع فى الفسوخ ، أما على القول بأنه يتبع فيتبع الطلع مطلقا ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص أنه يدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إن أبقيت إلى يوم الموت سواء أبرت أو لم تؤبر

(١) قوله « وكذلك الشجر الخ » أى لأن بدو ذلك من شجرة بمنزلة ظهور الرطب من طلعه ، فان اختلفا قدم قول بائع إنه بدا وظهر . واعلم أنه إذا كان مايحمل الشجر يظهر بارزا لا قشر عليـــه كالعنب والتين والتوت والجميز والليمون والاترج ونحوه أو كان عليه قشر يبقى فيه إلى أكله كالرمان والموز ونحوهما أو له قشران كالجوز واللوز ونحوهما فالصحيح من المذهب فى ذلك كله أنه يكون للبائع بمجرد ظهوره وعليه جماهير الأصحاب

على قوله « من نوره » * أى زهره

على قوله « وان ظهر بعض الثمرة » * أو تشقق بعض طلع النخل

(*) كذا بالاصل ولعله الصداق

فصـــل

ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها (١) ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع فى الحال (٢) ، ولا بيع الرطبة (٣) والبقول (٤) إلا بشرط جزه ، ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يتبع أصله (٥) ، والحصاد

---

(١) قوله « ولا يجوز بيع الثمرة الخ » أى بشرط التبقية إجماعا لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » متفق عليه ، والنهى يقتضى الفساد

(٢) قوله « ولا الزرع الخ » نص عليه لما روى مسلم عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » وعن أنس رضى الله عنه مرفوعا أنه « نهى عن بيع الحب حتى يشتد » رواه أحمد والحاكم وقال على شرط مسلم

[فائدة] إذا اشترى نصف ثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف زرع قبل اشتداده مشاعا لم يجز سواء اشتراه من واحد أو أكثر شرط القطع أو لا لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ملك غيره فلم يصح اشتراطه

(٣) قوله «الرطبة» هى نبت معروف يقيم فى الأرض سنين وهى النصب (*) أيضاً وتسمى الفصفصة بفائين وصادين مهملتين

(٤) قوله « والبقول » أى كالنعناع والهندبا لأن ما فى الأرض مستور مغيب وما يحدث منه معدوم فلم يجز بيعه كالذى يحدث من الثمرة إلا بشرط جزه فى الحال لان الظاهر منه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر

(٥) قوله « الا أن يتبع أصله » أى لانه إذاً تبع للاصل أشبه الحمل مع أمه . والأولى رد الاستثناء إلى الكل إذا تعقب جملا تعود إلى كلها خصوصا مع اتحاد الحكم ومطابقته ، فعليه يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها اذا بيعت مع الشجر ، والزرع قبل اشتداد حبه إذا بيع مع الارض ، وكذا ما بعده . ولا فرق بين كون الاصل صغارا أو كبارا مثمرا أو غير مثمر

(*) كذا ولعله « القضب »

واللقاط على المشترى [١] فان باعه مطلقا أو بشرط التبقية لم يصح [٢]، وان اشترط القطع ثم تركه حتى بدا صلاح الثمرة [٣] أو طالت الجزة [٤] أو حدثت ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى عرية ليأ كلها رطبا فأثمرت بطل البيع [٥]، وعنه لا يبطل ويشتركان فى الزيادة ، وعنه يتصدقان بها . واذا بدا

---

(١) قوله « والحصاد الخ » وكذا الجذاذ أى لأن ذلك من مؤنة نقلها كنقل الطعام المبيع بخلاف أجرة الكيال والوزان فانها على البائع لانها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشترى وهو على البائع وهنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز التصرف فيه بغير خلاف علمناه

(٢) قوله « وان باعه مطلقا لم يصح » إذا باعه ولم يشترط القطع ولا التبقية وإن أطلق لم يصح وهذا المذهب مطلقا

(٣) قوله « وان شرط القطع ثم تركه الخ » بطل العقد نص عليه واختاره الأكثر لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها » واستثنى منه ما إذا اشتراه بشرط القطع وقطع فيبقى ما عداه على أصل التحريم

(٤) قوله « أو طالت الجزة » أى اذا اشترى رطبة بشرط القطع ثم تركه حتى طالت الجزة أو زرعا أخضر ثم اشتد لأنه فى معنى الثمرة قال فى الشرح وهذا إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة ، فان قصده فالبيع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة

على قوله « أو حدثت ثمرة أخرى فلم تتميزا » أى بطل البيع ، والمذهب أن البيع صحيح ، فان علم قدر الثمرة الحادثة دفع للبائع والباقى للمشترى والا اصطلحا ولا يبطل البيع لان المبيع اختلط بغيره ولم يتعذر تسليمه ، والفرق بين هذه وما قبلها اتخاذه حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها

(٥) قوله « أو اشترى عرية الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام « يأكلها أهلها رطبا » ولأن شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب . فاذا أثمرت تبينا عدم الحاجة ، ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو لا لعذر أو غيره فلو أخذ بعضها رطبا وترك باقيها حتى أثمر فهل يبطل فيما أثمر؟ على وجهين . ويخرج =

صلاح الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقا وبشرط التبقية وللمشترى تبقيته إلى الحصاد والجذاذ . ويلزم البائع سقيه ان احتاج ذلك ، وان تضرر الأصل[1] وان تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع[2]، وعنه إن أتلفته الثلث فصاعدا ضمنه البائع والا فلا ، وان أتلفه آدمى خـــير المشترى بين

= من ذلك ما لو أخذها رطبا فتركها عنده حتى أتمرت أو شمسها حتى صارت تمرا أنه يجوز ، لأنه قد أخذها ، وعنه يفسد العقد فيه إن أخره عمدا بلا عذر ، وعنه يفسد لقصد حيلة ، ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة مع الزيادة للبائع على المشهور

[فائدة] لو اشترى خشبا بشرط القطع فأخر قطعه فزاد فالبيع لازم والزيادة للبائع

(١) قوله « ويلزم البائع الخ » أى لأنه يجب عليه تسليم ذلك كاملا ولا يحصل إلا به ، بخلاف ما إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع فانه لا يلزم المشترى سقيها لأن البائع لم يملكها من جهته وإنما بقى ملكه عليها

(٢) قوله « وإن تلفت بجائحة الخ » كل آفة سماوية لاصنع الآدمى فيها كالريح والحر والبرد والعطش فكل ما يهلكه من الثمرة على أصوله قبل أوان جذه فهو من ضمان البائع لما روى جابر رضى الله عنه « أن النبى ﷺ أمر بوضع الجوائح » . وعنه أن النبى ﷺ قال « ان بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك من غير حق » ؟ رواهما مسلم ، ومحله ما لم يعبر وقت أخذها ، فلو بلغت حدها فلم يجذها حتى تلفت فقال القاضى وجزم به فى الوجيز والمحرر والفروع لا يوضع عنه لانه مفرط ، والقول بوضع الجوائح من مفردات المذهب

[فائدة] تختص الجائحة بالثمر على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وكذا ماله أصل يتكرر حمله كقثاء وخيار وباذنجان ونحوها قاله جماعة وقدمه فى الفروع ، واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ثبوت الجائحة فى زرع مستأجر وحانوت نقص نفعه عن العادة ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضا : قياس نصوصه وأصوله إذا عطل نفع الأرض بآفة انفسخت فيما بقى كانهدام =

الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف [١] ، وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها [٢] ، وهل يكون صلاحا لجميع النوع الذى فى البستان ؟ على روايتين [٣] ، وبدو الصلاح فى ثمر النخل أن يحمر أو يصفر [٤] ، وفى العنب أن يتموه [٥] ، وفى سائر الثمر أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله

فصل

ومن باع عبدا له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع [٦] ، فان كان

= الدار وأنه لا جائحة فيما تلف من زرعه لان المؤجر لم يبعه إياه ولا ينازع فى هذا من فهمه قاله فى الانصاف

(١) قوله « وان أتلفه آدمى الخ » هذا المذهب مطلقا

(٢) قوله « وصلاح بعض الخ » بغير خلاف

(٣) قوله « وهل يكون الخ » إحداهما يكون صلاحا لسائر النوع الذى فى البستان وهو المذهب ، لأن اعتبار الصلاح فى الجميع يشق وكالشجرة الواحدة وعنه وكذا ما قاربه ، ومفهوم كلام المصنف أنه لا يكون صلاحا للجنس من ذلك البستان وهو صحيح وهو المذهب

(٤) قوله « وبدو الصلاح الخ » لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو » ، قيل لأنس رضى الله عنه وما زهوها ؟ قال تحمار وتصفار ، وفى حديث جابر رضى الله عنه « نهى أن تباع حتى تشقح » ، رواهما البخارى

(٥) قوله « وفى العنب الخ » لقول أنس رضى الله عنه « نهى النبى ﷺ عن بيع العنب حتى يسود » رواه أحمد ورواته ثقات ، ومعنى « يتموه » أى يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه

على قوله « وفى سائر الثمر » كالتفاح والبطيخ

على قوله « ويطيب أكله » لأنه ﷺ « نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب » متفق عليه

(٦) قوله « ومن باع عبدا الخ » وذلك لما روى ابن عمر رضى الله عنهما =

قصده المال اشترط علمه وسائر شروط البيع . وان لم يكن قصده المال لم يشترط . فان كان عليه ثياب فقال أحمد رحمه الله تعالى : ما كان للجمال فهو للبائع وما كان للبس المعتاد فهو للمشترى

باب السلم (١)

وهو نوع من البيع يصح بلفظه وبلفظ السلم والسلف . ولا يصح إلا بشروط سبعة : (أحدها) أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون (٢) والمذروع . فاما المعدود والمختلف كالحيوان والفواكه والبقول

= أن النبي ﷺ قال « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم ، ولو شرط مال العبد ثم رده باقالة أو غيرها رد ماله لأنه عين مال أخذه المشترى به فيرده بالفسخ كالعبد ، لكن لو تلف ماله فأراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث هل يمنع الرد ؟ فيه روايتان ، فان قلنا به فعليه قيمة ما تلف عنده وله الفسخ بعيب ماله كهو فى الأشهر

على قوله « ما كان للجمال فهو للبائع » ، أى إذا لم يشترطه المبتاع

(١) السلم فى الشرع هو أن يسلم عينا حاضرة فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل . والاجماع على جوازه ذكره ابن المنذر ، وسنده الكتاب وهو آية الدين ، قال ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله تعالى فى كتابه وأذن فيه ثم قرأ الآية رواه سعيد ، والسنة فروى ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال من أسلف فى شئ فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه

على قوله « إلا بشروط سبعة » ، أى زائدة على شروط البيع

على قوله « كالمكيل » ، أى من حبوب وثمار وخل ودهن ونحوها

(٢) قوله « والموزون » أى كالقطن والابريسم والصوف والنحاس والطيب والأدهان والخلول ، وعنه لا يصح فى المذروع

والجلود والرءوس ونحوها ففيه روايتان[١] . وفى الاوانى المختلفة الرءوس والاوساط كالقماقم والأسطال[٢] الضيقة الرءوس وما يجمع أخلاطا متميزة كالثياب من المنسوجة من نوعين وجهان ، ولا يصح فيما لا ينضبط[٣] كالجواهر

---

(١) قوله « فأما المعدود الخ » إحداهما يصح السلم فى الحيوان وهو الصحيح من المذهب آدميا كان أو غيره وهو قول جماعة من الصحابة وتابعيهم لحديث أبى رافع « أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرا » رواه مسلم . والثانية لا يصح السلم فيه وجزم به فى الوجيز . روى عن عمر أنه قال « إن من الربا أبوابا لا تخفى ، وان منها السلم فى السن » ولأنه يختلف اختلافا متباينا ولا يمكن ضبطه

[فوائد] : منها يصح السلم فى اللحم النيء بلا نزاع . ولا يعتبر نزع عظمه لأنه كالنوى فى التمر ، لكن يعتبر قوله بقر أو غنم ضأن أو معز ثنى أو جذع ذكر أو أنثى خصى أو غيره رضيع أو فطيم معلوفة أو راعية من الفخذ أو الجنب ، نقله الجماعة سمين أو هزيل . ومنها يصح السلم فى الشحم جزم به فى الفروع ، قيل لأحمد رحمه الله تعالى إنه يختلف قال : كل سلف يختلف . وأما الفواكه والبقول فأطلق المصنف فيها روايتين والمذهب لا يصح ، ومنها لا يصح السلم فى اللحم المطبوخ والمشوى على الصحيح من المذهب

على قوله « الجلود الخ » إحداهما لا يصح وهو المذهب

(٢) قوله « كالأسطال والقماقم » المذهب لا يصح لأن الصفات لا تأتى عليها

على قوله « كالثياب المنسوجة من نوعين » « أى كالقطن والكتان ، والقطن والإبريسم

(٣) قوله « ولا يصح فيما لا ينضبط » لا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجواهر من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والصورج والبلور لأن أثمانها تختلف اختلافا متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفاتها ، ولا يمكن تقديرها بشيء بغير ذلك ، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيء معلوم إن كان وزنا فيوزن والصحيح الاول لما ذكرنا

كلها [١] والحوامل من الحيوان [٢] والمغشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع أخلاطا غير متميزة كالغالية والند والمعاجين ، ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوها

فصـــل

(الشرط الثانى) أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهرا [٣] فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداثته وقدمه وجودته ورداءته ، وما لا يختلف به

---

(١) قوله « كالجواهر كلهـــا » هذا المذهب ، ونقل أبو داود : السلم فيه لا بأس به

(٢) قوله « والحوامل الخ » أى لا يصح السلم فيها على الصحيح من المذهب لأن الصفة لا تأتى على ذلك ، والولد مجهول غير محقق ، وفيه وجه آخر يصح لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل البيع ، ويصح إسلام عرض فى عرض على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الاصحاب ، وعنه لا يجوز السلم إلا بعين أو ورق خاصة

على قوله « والمغشوش من الأثمان » فعلى هذا إن كانت خالصة صح السلم فيها ويكون رأس المال غيرها . ويصح السلم فى فلوس ويكون رأس المال عرضا

على قوله « كالغالية والند والمعاجين » وهذا المذهب

(٣) قوله « الشرط الثانى أن يصفه الخ » إنما اشترط ذلك لان المسلم فيه عوض فى الذمة فلا بد من العلم به كالثمن ، ولان العلم شرط فى المبيع وطريقه الرؤية أو الصفة والرؤية متعذرة هنا فتعين الوصف . والأوصاف على ضربين : متفق على اشتراطها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليه ثلاثة أوصاف : الجنس ، والنوع ، والجودة والرداءة . فهذه لا بد منها فى كل مسلم فيه . وكذلك معرفة قدره ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . الضرب الثانى ما يختلف الثمن باختلافه غير هذه الاوصاف فينبغى أن يكون ذكرها شرطا قياسا على المتفق عليها وهذا مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة يكفى ذكر الأوصاف الاول لانها تشتمل على ما وراءها من الصفات

الثمن لايحتاج إلى ذكره . فان شرط الأجود لم يصح[١] ، وان شرط الأردأ فعلى وجهين، وإذا جاءه بدون ماوصف أو نوع آخر فله أخذه ولا يلزمه[٢] وان جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه [٣] ، وان جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله [٤] ، فان قال خذه وزدنى درهما لم يجز[٥] ، وان جاءه بزيادة فى

على قوله « الثانى أن يصفه بما يختلف الخ » « أى بغير خلاف نعلمه

(١) قوله « فان شرط الأجود لم يصح » أى لتعذر الوصول إليه إلا نادرا إذ ما من جيد إلا ويحتمل أجود منه

(٢) قوله « واذا جاءه بدون الخ » أى لأن الحق له وقد رضى بدونه

(٣) قوله « وان جاءه بجنس آخر الخ » هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم فى شئ فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه من رواية عطية العوفى وضعفه جماعة من حديث أبى سعيد رضى الله عنه ، ونقل جماعة عن الإمام يأخذ أدنى كشعير عن بر بقدر كيله ولا يربح مرتين ، واحتج بابن عباس (*) وبأنه أقل من حقه وحمل على أنهما جنس واحد

(٤) قوله « وان جاءه بأجود الخ » فى الأصح لانه أتى بما تناوله العقد وزيادة منفعة وكشرطه ، وظاهره ولو تضرر ، والثانى لا لأنه غير ما أسلم فيه . وعنه يحرم قبوله

على قوله « وان جاءه باجود منه من نوعه » « ولو قبل حلوله ولا ضرر عليه

على قوله « وان قال خذه » « أى جاءه بالأجود وقال خذه الخ

(٥) قوله « ان قال خذه وزدنى درهما لم يجز » أى لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا

(*) قوله « واحتج بابن عباس » كذا بالاصل كما فى الفروع والمبدع ، ومعناه بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « إذا أسلمت فى شىء إلى أجل فان أخذت ما أسلفت فيه والا فخذ عوضا أنقص منه ولا تربح مرتين » رواه سعيد

القدر فقال ذلك صح (١)

فصـــل

(الثالث) أن يذكر قدره بالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والذرع فى المذروع ، فان أسلم فى المكيل وزنا وفى الموزن كيلا لم يصح (٢) وعنه يصح ، ولا بد أن يكون المكيال معلوماً ، فان شرط مكيلا لا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح (٣) ، وفى المعدود المختلف غير الحيوان روايتان إحداهما يسلم فيه عددا والآخرى وزنا ، وقيل يسلم فى الجوز والبيض عددا وفى الفواكه والبقول وزنا (٤)

على قوله « لم يجز » ، واختار شيخنا الجواز

(١) قوله « وان جاءه بزيادة الخ » أى لان الزيادة هنا يجوز افرادها بالبيع وإذا قبض المسلم فيه فوجد به عيبا فله رده وامساكه مع الارش

(٣) قوله « وان أسلم فى المكيل وزنا الخ » فيه روايتان إحداهما لايصح وهو المذهب لانه مبيع بشرط معرفة قدره فلم يجز بيعه بغير ما هو مقدر به فى الأصل فلم يجز كبيع الربويات بعضها ببعض ، والثانية يجوز وهو قول الشافعى وابن المنذر ، وقال مالك ذلك جائز إذا كان الناس يتعاملون بالتمر وزنا وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى لأن الغرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأى قدر قدره جاز ، ويفارق بيع الربويات فان التماثل فيها بالكيل بالمكيل والوزن فى الموزون شرط ولا يعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الاصلى

(٣) قوله « ولا بد أن يكون المكيال معلوما الخ » وكذا الميزان والذراع وهذا بلا نزاع فيه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم فى الطعام لايجوز بقفيز لايعرف عياره ولا فى ثوب بذراع فلان لأن المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم لكن لو عين مكيال رجل واحد أو ميزانه صح ولم يتعين على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وفى المعدود الخ » ماعدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره ، والمعدود نوعان : أحدهما لايتباين كثيرا كالجوز والبيض فيسلم فيه عددا فى أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي =

فصل

(الرابع) أن يشترط أجلا معلوما له وقع فى الثمن كالشهر ونحوه، فان أسلم حالا أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح [١] إلا أن يسلم فى شئ يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح [٢]، وان أسلم فى جنس إلى أجلين أو فى جنسين إلى أجل صح [٣]، ولا بد أن يكون الاجل مقدرا بزمن

═ النوع الثانى ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فحكمه حكم ماليس معدودا من البطيخ والبقول، وفيه وجهان: أحدهما يسلم فيه عــددا ويضبط بالصغر والكبر لانه يباع هكذا، والثانى لا يسلم فيه إلا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيرا ويتباين جدا، ولا بالكيل لانه يتجافى فى المكيل، واعلم أن الصحيح من المذهب أن ما يتقارب يسلم فيه عددا، وما يتفاوت تفاوتا كثيرا يسلم فيه وزنا

(١) قوله «فان أسلم حالا الخ» وبهذا قال أبو حنيفة والاوزاعى، وقال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح مؤجلا فاذا جاز مؤجلا فحالا أجوز وأبعد من الغرر. واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى إن كان فى ملكه قال وهو المراد بقوله ﷺ لحكيم بن حزام «لاتبع ماليس عندك» أى ماليس فى ملكك فلو لم يجز السلم حالا لقال لا تبع هذا سواء كان عندك أم لا وتكلم على ماليس عنده، ولنا قوله ﷺ «من أسلف فى شئ الخ» فأمر بالاجل والامر يقتضى الوجوب، ولانه أمر بهذه الشروط تبيانا لشروط السلم ومنعا منه بدونها، وقال أصحاب أبى حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز، وقدره بعضهم بثلاثة أيام وهو قول الاوزاعى

على قوله «لم يصح» * وهو المذهب

(٢) قوله «إلا أن يسلم الخ» أى كاللحم والخبز ونحوهما فيصح هذا المذهب وبه قال مالك فعلى هذا إذا قبض البعض وتعذر الباقى رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقى فضلا عن المقبوض لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما اتفق أجله

(٣) قوله «فان أسلم فى جنس الخ» إذا أسلم فى جنس واحد الى أجلين ═

معلوم ، فان أسلم إلى الحصاد أو الجذاذ أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين [١] ، وإذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر فى قبضه لزمه قبضه وإلا فلا [٢]

فصل

(الخامس) أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله[٣] ، فان كان لا يوجد فيه أو لا يوجد إلا نادرا كالسلم فى العنب والرطب إلى غير وقته لم يصح ، وان أسلم فى ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح[٤] ، وان أسلم الى محل

= صح بشرط أن يبين قسط كل أجل وثمنه وهذا المذهب ، وإن أسلم فى جنسين إلى أجل صح أيضاً بشرط أن يبين ثمن كل جنس وهو المذهب نص عليه ، وعنه يصح وإن لم يبين ، ويأتى هذا قريبا فى كلام المصنف فى آخر الفصل السادس

(١) قوله « فان أسلم إلى الحصاد الخ » إحداهما لا يصح وهو المذهب وبه قال ابن عباس رضى الله عنهما وأبو حنيفة والشافعى وابن المنذر ، والثانية يجوز وبه قال مالك وأبو ثور ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه يباع إلى العطاء وبه قال ابن أبى ليلى ، وكذلك إن قال إلى قدوم الغزاة ، وإذا اختلفا فى قدر الأجل أو مضيه فالقول قول المدين مع يمينه فى قدر الأجل على المذهب وكذا فى مضيه على الصحيح

(٢) قوله « وإذا جاءه بالسلم الخ » هذا المذهب ، وحيث قلنا يلزمه قبضه وامتنع قيل له إما أن تقبض حقك أو تبرىء منه ، فان أبى رفع الأمر إلى الحاكم فيقبضه له ، وكذا الحكم فى كل دين لم يحل إذا أتى به قبل محله

(٣) قوله « أن يكون المسلم فيه الخ » لا نعلم فيه خلافا لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند الوجوب ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودا عند المحل ظاهرا فلا يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق

على قوله « عام الوجود فى محله » ولو لم يكن موجودا حالة العقد

(٤) قوله « فان أسلم فى ثمرة الخ » وكذا لو أسلم فى مثل هذا الثوب وهذا المذهب لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه ، قال ابن المنذر إبطال السلم إذا أسلم فى =

يوجد فيه عاما فانقطع خير بين الصبر وبين الفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه ان كان معدوما فى أحد الوجهين (١) ، وفى الآخر ينفسخ بنفس التعذر

فصل

(السادس) أن يقبض رأس المال فى مجلس العقد (٢) ، وهل يشترط

= ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم منهم الثورى ومالك والشافعى والأوزاعى وأصحاب الرأى ، قال وروينا عن النبي ﷺ أنه « أسلف إليه رجل من اليهود دنانير فى تمر مسمى فقال اليهودى : من تمر حائط بنى فلان ، فقال النبي ﷺ : أما من حائط بنى فلان فلا ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى » رواه ابن ماجه وغيره ، وعنه يصح إن بدا صلاحه أو استحصد ، وقاله أبو بكر فى التنبيه إن أمن عليها الجائحة ، قال الزركشى وهو قول حسن إن لم يحصل إجماع :

(١) قوله « وإن أسلم إلى محل الخ » اعلم أنه إذا تعذر كل المسلم فيه عند محله أو بعضه إما لغيبة المسلم فيه أو العجز عن التسليم أو لعدم حمل الثمار تلك السنة وما أشبهه فالصحيح من المذهب أنه مخير بين الصبر والفسخ فى الكل أو البعض ويرجع بالثمن إن كان موجودا أو بمثله إن كان مثليا وإلا قيمته وبذلك قال الشافعى وإسحاق وابن المنذر

(٢) قوله « السادس الخ » أى فان تفرقا قبل ذلك بطل وبذلك قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين أو ثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلما فأشبه تأخيره إلى آخر المجلس . ولنا أنه عقد معاوضة لايجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق قبل القبض كالصرف

[فوائد] لو قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض ولا يبطل فيما قبض على الصحيح من المذهب بناء على تفريق الصفقة ، وعنه يبطل فى الجميع

(الثانية) لو قبض رأس المال ثم افترقا فوجده معيبا فتارة يكون العقد قد وقع على عين وتارة يكون على مال فى الذمة ثم قبضه فان كان وقع على عين وقلنا النقود تتعين بالتعيين وكان العيب من غير جنسه بطل العقد ، وان قلنا لا تتعين فله =

كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه ؟ على وجهين ، فان أسلم ثمنا واحدا فى جنسين لم يجز حتى يبين كل جنس [١]

فصـــل

(السابع) أن يسلم فى الذمة ، فان أسلم فى عين لم يصح [٢] ولا يشترط ذكر مكان الايفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه [٣] كالبرية

= البدل فى مجلس الرد ، وان كان العيب من جنسه فله إمساكه وأخذ أرش عيبه أو رده وأخذ بدله فى مجلس الرد ، وان كان العقد وقع على مال فى الذمة فتارة يكون العيب من جنسه ، وتارة يكون من غير جنسه ، فان كان من جنسه لم يبطل السلم على الصحيح من المذهب وله البدل فى مجلس الرد ، وان تفرقا قبله بطل العقد ، وان كان العيب من غير جنسه فسد العقد على الصحيح من المذهب

(الثالثة) لو ظهر رأس مال السلم مستحقا بغصب أو غيره وهو معين وقلنا تتعين النقود بالتعيين لم يصح ، وان قلنا لا تتعين كان له البدل فى مجلس الرد

(الرابعة) إذا كان له فى ذمة رجل دينار فجعله سلما فى طعام لم يصح ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم

على قوله « على وجهين » المذهب يشترط

(١) **قوله** « وان أسلم ثمنا واحدا الخ » هذا المذهب ، وقال مالك يجوز ، وللشافعى قولان كالمذهبين ، ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح

(٢) **قوله** « السابع أن يسلم فى الذمة الخ » هذا المذهب لأنه ربما تلف قبل أوان تسليمه ، وقال فى الواضح : إن كانت العين حاضرة صح ويكون بيعا بلفظ السلم فيقبض ثمنه فيه

(٣) **قوله** « ولا يشترط الخ » إذا كان موضع العقد يمكن الوفاء فيه لم يشترط ذكر مكان الايفاء ويكون الوفاء فى موضع العقد على ما يأتى ، وان كان لا يمكن الوفاء فيه كالبرية والبحر ودار الحرب فالصحيح من المذهب أنه يشترط ذكر =

فيشترط ذكره ويكون الوفاء فيه مكان العقد[١] ، وان شرط الوفاء فيه كان تأكيدا وان شرطه فى غيره صح ، وعنه لا يصح ، ولا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه[٢] ولا هبته[٣] ولا أخذ غيره مكانه[٤] ولا

= مكان الوفاء وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى الكافى والمغنى والشرح وغيرهم وقدمه فى المحرر والفروع وغيرهم ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعى إن كان لحمله مؤنه وجب شرطه والا فلا

(١) قوله « ويكون الوفاء الخ » وهذا المذهب وعنه لا يصح هذا الشرط

[فائدة] يجوز له أخذه فى غير موضع العقد من غير شرط ان رضيا به لامع أجرة حمله إليه

(٢) قوله « ولا يجوز بيع المسلم فيه الخ » هذا المذهب وقال فى الشرح بغير خلاف علمناه لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح مالم يضمن، ولانه مبيع لم يدخل فى ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه ، وفى المبيع وغيره رواية بأن بيعه يصح واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال هو قول ابن عباس رضى الله عنهما ، لكن يكون بقدر القيمة فقط لئلا يربح فيما لم يضمن قال : وكذا ذكره أحمد رحمه الله تعالى فى بدل القرض وغيره ، فعلى المذهب فى جواز بيع دين الكتابة ورأس مال السلم بعد الفسخ وجهان ، أما رأس مال السلم فالصحيح من المذهب أنه لايصح بيعه بعد الفسخ نص عليه وعليه أكثر الاصحاب، وأما بيع دين الكتابة فالصحيح من المذهب أنه لايصح أيضاً

(٣) قوله « ولا هبته » ظاهره انه سواء كان لمن هو فى ذمته أو لغيره فان كان لغير من هو فى ذمته فالصحيح من المذهب أنه لايصح وعنه يصح واختارها فى الفائق وهو مقتضى اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ، وان كان لمن هو فى ذمته فالصحيح من المذهب صحة ذلك وعليه جماهير الأصحاب

(٤) قوله « ولا أخذ غيره مكانه وهذا المذهب ، قال فى الشرح وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موجودا أو معدوما وسواء كان العوض مثل المسلم فيه فى القيمة أو أقل أو أكثر وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك يجوز =

الحوالة به [١] ، ويجوز بيع الدين المستقر لمن هـو فى ذمته [٢] بشرط أن يقبض عوضه فى المجلس [٣] ، ولا يجوز لغيره ، وتجوز الاقالة فى السلم ، وتجوز فى بعضه فى إحدى الروايتين إذا قبض رأس مال السلم

= أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره إلا الطعام ، قال ابن المنذر وقد ثبت أن ابن عباس رضى الله عنهما قال « إذا أسلم فى شئ إلى أجل فان أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضا أنقص منه ولا تربح مرتين » رواه سعيد ، ولنا قوله ﷺ « من أسلم فى شئ فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه . ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يجز كبيعه لغيره

(١) **قوله** « ولا الحوالة به » هذا المذهب بلا ريب لأنها إنما تجوز على دين مستقر والسلم يعرض للفسخ (*) فليس بمستقر وان أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذى عليه لم يصح أيضاً لانه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فعلى المذهب فى صحة الحوالة على رأس مال السلم وبه بعد الفسخ وجهان

(٢) **قوله** « ويجوز بيع الدين المستقر » أى من ثمن وقرض ومهر بعد الدخول وأجرة استوفى نفعها ومدتها وأرش جناية وقيمة متلف ونحو ذلك « لمن هو فى ذمته » وهذا المذهب لحديث ابن عمر رضى الله عنهما « كنا نبيع الأبعرة بالبقيع بالدنانير ونأخذ عوضها الدراهم ، وبالدراهم ونأخذ عوضها الدنانير . فسألنا رسول الله ﷺ فقال : لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شئ » فدل الحديث على جواز بيع ما فى الذمة من أحد النقدين بالآخر وغيره يقاس عليه ، ودل على اشتراط القبض قوله « واذا تفرقتما وليس بينكما شئ » ويستثنى على المذهب ما اذا كان عليه من دراهم من ثمن مكيل أو موزون باعه منه بالنسيئة فانه لايجوز أن يستبدل عما فى الذمة بما يشاركه المبيع فى علة ربا الفضل نص عليه حسما لمادة ربا النسيئة كما تقدم ذلك فى كلام المصنف فى آخر البيع ، ويستثنى أيضا ما فى الذمة من رأس مال السلم اذا فسخ العقد وأنه لا يجوز الاعتياض عنه وإن كان مستقرا على الصحيح من المذهب ، وقيل يصح وهو ظاهر كلام المصنف هنا

(٣) **قوله** « بشرط أن يقبض الخ » اذا باع دينا فى الذمة مستقرا لمن هو فى =

(*) كذا بالاصل ولعله عرضة للفسخ

أو عوضه فى مجلس الاقالة ، وإن انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضا من غير جنسه (١) ، وان كان لرجل سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمى لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه (٢) ، وهل يقع قبضه للآمر ؟ على وجهين (٣) . وان قال اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك صح (٤) ، وان قال أنا أقبضه لنفسى وخذه بالكيل الذى تشاهده ، فهل يجوز ؟ على روايتين (٥) . وان اكتاله ثم تركه فى المكيال وسلمه إلى

= ذمته فان كان مما لا يباع به نسيئة أو بموصوف فى الذمة اشترط قبض عوضه فى المجلس بلانزاع ، فان كان بغيرهما مما لا يشترط فيه التقابض مثل ما لو قال بعتك الشعير الذى فى ذمتك بمائة درهم أو بهذا العبد أو الثوب ونحوه فجزم المصنف باشتراط القبض فى المجلس أيضا ، والصحيح من المذهب أنه لايشترط للصحة قبض العوض فى المجلس قدمه فى المغنى والشرح والمحرر وغيرهم

(١) قوله « وان انفسخ العقد الخ » وبه قال أبو حنيفة لقول النبي ﷺ « من أسلف فى شئ فلا يصرفه الى غيره » وقال القاضى أبو يعلى يجوز أخذ العوض عنه وهو قول الشافعى لأنه عوض مستقر فى الذمة فجاز اخذ العوض عنه كالثمن فى البيع

(٢) قوله « وإذا كان لرجل الخ » أى لأن قبضه لنفسه حوالة ، والحوالة بالسلم لا تجوز

(٣) قوله « وهل يقع الخ » وهما روايتان إحداهما لايقع وهو المذهب لانه لم يجعله نائبا له فى القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل فصار كالقابض بغير إذن ، فان قلنا لايصح القبض بقى على ملك المسلم إليه ، ولو قال الاول للثانى احضر اكتيالى منه لأقبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثانى ، وهل يكون قابضا لنفسه ؟ على وجهين أولهما أن يكون قابضا لنفسه

(٤) قوله « وان قال اقبضه لى الخ » هذا المذهب ، وكذلك ان قال الآمر احضرنا حتى أكتاله لنفسى ثم تكتاله أنت وفعلا صح

(٥) قوله « وان قال أنا الخ » إحداهما يجوز ويكون قبضا لنفسه وهو المذهب ، والثانية لا يجوز ولا يكون قبضا وهو مذهب الشافعى لأنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى ولم يوجد ذلك

غريمه فقبضه صح القبض لهما (١) ، وان قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله في قدره (٢) ، وإن قبضه كيلا أو وزنا ثم ادعى غلطا لم يقبل قوله في أحد الوجهين (٣) ، وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين (٤)

---

(١) **قوله** « وان اكتاله الخ » هذا المذهب

[فائدة] لو دفع زيد الى عمرو دراهم وقال اشتر لك بها مثل الطعام الذى على ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا تكون عوضا لعمرو ، فان اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولى ، وان قال اشتر لى بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم ، وان قال اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ففعل صح نص عليه ، وقال أصحاب الشافعى لا يصح

(٢) **قوله** « وان قبض المسلم فيه الخ » متى قبضه جزافا أو ما هو في حكم المقبوض جزافا أخذ منه قدر حقه ورد الباقى إن كان ويطالب بالنقص ان كان ، وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه بالكيل قبل أن يعتبره كله ؟ فيه وجهان ، ولو اختلفا في قدر ما قبضه جزافا فالقول قول القابض بلا نزاع

(٣) **قوله** « وان قبضه الخ » أى لأن الأصل عدم الغلط ، والوجه الثانى يقبل قوله إن ادعى غلطا ممكنا عرفا قال في الانصاف قلت والنفس تميل إلى ذلك مع صدقه وأمانته

[فائدة] وكذا حكم ما قبضه من مبيع غيره أو دين آخر كقرض وثمن مبيع وغيرهما

(٤) **قوله** « وهل يجوز الخ » احداهما لايجوز وهو المذهب ، ورويت كراهته عن على وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والأوزاعى ، والثانية يجوز وهو قول عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر لقوله تبارك وتعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين ـ الى قوله ـ فرهان مقبوضة ﴾ وقد روى ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم المراد به السلم واختاره المصنف ، قال في الشرح فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقابلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذى به الرهن وبرىء الضامن

باب القرض

وهو من المرافق المندوب إليها ، ويصح فى كل عين يجوز بيعها[1] إلا بنى آدم[2]، والجواهر ونحوها مما لايصح السلم فيه فى أحد الوجهين فيهما، ويثبت الملك فيه بالقبض فلا يملك المقرض استرجاعه ، وله طلب بدله ، فان رده المقترض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوسا أو مكسرة فيحرمها السلطان[3] فتكون له القيمة[4] وقت القرض ، ويجب رد المثل فى المكيل

---

(١) قوله « يصح فى كل عين الخ » يشترط فى صحة القرض معرفة قدره بقدر معروف ووصفه

(٢) قوله « إلا بنى آدم » أما قرض بنى آدم فالمذهب لايصح ، قال فى الشرح ويحتمل صحة قرض العبد دون الأمة وهو قول مالك والشافعى الا أن يقرضهن ذوى أرحامهن ، وأما قرض الجواهر ونحوها مما يصح بيعه ولا يصح السلم فيه فالصحيح الصحة ويرد المقترض القيمة ، وقوله « يصح فى كل عـــين » ظاهره أنه لايصح قرض المنافع لانها ليست بأعيان قال فى الانتصار لايجوز قرض المنافع ، وقال الشيخ تقى الدين يجوز قرض المنافع مثل أن يحصد معه يوما ويحصد الآخر معه يوما أو يسكنه دارا يسكنه الآخر بدلها

(٣) قوله « أو يحرمها السلطان » أى سواء اتفق الناس على تركها أو لا وهو المذهب

(٤) قوله « فتكون له القيمة » هذا المذهب ولو كانت باقية . وإذا كان مما يجرى فيه ربا الفضل فانه يعطى مما لا يجرى فيه الربا فلو أقرضه دراهم مكسرة فحرمها السلطان أعطى قيمتها ذهبا وعكسه بعكسه قال فى الفروع فله القيمة من غير جنسه

[فائدة] ذكر ناظم المفردات هنا مسائل تشبه مسائل القرض ، فاحببت أن أذكرها هنا لعظيم نفعها وحاجة الناس إليها ، قال :

والموزون ، والقيمة فى الجواهر ونحوها[1] ، وفيما سوى ذلك وجهان ، ويثبت العوض فى الذمة حالا وان أجله ، ويجوز شرط الرهن والضمين

والنقد فى المبيع حيث عينا ... وبعد ذا كساده تبينا
نحو الفلوس ثم لا يعامل ... بها فمنه عندنا لا يقبل
بل قيمة الفلوس يوم العقد ... والقرض أيضا هكذا فى الرد
ومثله من رام عود الثمن ... برده المبيع خذ بالأحسن
قد ذكر الأصحاب ذا فى ذى الصور ... والنص فى القرض عيانا قد ظهر
والنص بالقيمة فى بطلانها ... لا فى ازدياد القدر أو نقصانها
بل ان غلت فالمثل فيها أحرى ... كدانق عشرين صار عشرا
والشيخ فى زيادة أو نقص ... مثلا كقرض فى الغلا والرخص
وشيخ الاسلام فتى تيميه ... قال قياس القرض عن جليه
الطرد فى الديون كالصداق ... وعوض فى الخلع والاعتاق
والغصب والصلح عن القصاص ... ونحو ذا طرا بلا اختصاص
قال وجا فى الدين نص مطلق ... حرره الاثرم اذ يحقق
وقولهم ان الكساد نقصا ... فذاك نقص النوع عابت رخصا
قال ونقص النوع ليس يعقل ... فيما سوى القيمة ذا لا يجهل
وخرّج القيمة فى المثلى ... بنقص نوع ليس بالخفى
واختاره وقال عدل ماضى ... خوف انتظار السعر بالتقاضى
لحاجة الناس إلى ذى المسأله ... نظمتها مبسوطة مطوله

(١) قوله « ويجب رد المثل الخ » لا نعلم خلافا فى وجوب رد المثل فى المكيل والموزون ، لكن لو أعوز المثل لزمته قيمته يوم إعوازه ، وقال فى المستوعب ولو اقترض حنطة فلم تكن عنده وقت الطلب فرضى بمثل كيلها شعيرا جاز ، ولا يجوز أكثر ، وأما الجواهر ونحوها فيجب رد القيمة على الصحيح من المذهب

على قوله « ويجوز شرط الرهن والضمين فيه » ، لأن النبى ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله متفق عليه

فيه ولا يجوز شرط ما يجر نفعا (١) نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيرا منه أو فى بلد آخر . ويحتمل جواز هذا الشرط (٢) ، وان فعله بغير شرط أو قضى خيرا أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز لان النبى ﷺ استسلف بكرا فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » وان فعله قبل الوفاء لم يجز (٣) إلا أن تكون العادة جارية بينهما به قبل القرض . واذا أقرضه أثمانا فطالبه بها ببلد آخر لزمته ، وإن أقرضه غيرها لم تلزمه ، فان طالبه بالقيمة لزمه أداؤها

باب الرهن (٤)

وهو وثيقة بالحق لازم فى حق الراهن جائز فى حـــق المرتهن يجوز

---

(١) قوله « ولا يجوز شرط الخ » كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف ، قال ابن المنذر اجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا ، ولا فرق بين الزيادة فى القدر أو الصفة مثل أن يقرضه مكسرة فيعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيرا منه ، فان شرط أن يعطيه إياه فى بلد آخر لم يجز إن كان لحمله مؤنة لانه زيادة ، وقال المصنف ويحتمل جواز هذا الشرط وهو رواية عن أحمد واختاره المصنف والشيخ تقى الدين رحمهما الله تعالى

(٢) قوله « ويحتمل الخ » راجع الى الاخير فقط

على قوله « لأن النبى ﷺ استسلف بكرا الخ » متفق عليه

(٣) قوله « وإن فعله قبل الوفاء لم يجز » هـذا المذهب لقوله ﷺ « اذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » رواه ابن ماجه ، وهذا كله فى مدة القرض ، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط ، وعنه يجوز

(٤) الصحيح من المذهب أن الرهن توثقة دين بعين يمكن أخذ الدين أو بعضه منها أى ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها ، وفى الزركشى توثقة دين بعين أو بدين على قول يمكن أخذه منه إن تعذر الوفاء من غيره . انتهى ، فعلم منه أن المقدم لا يصح رهن الدين ولو لمن هو عنده . والمرهون كل عين معلومة جعلت =

عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله[1] إلا عند أبي الخطاب . ويصح رهن كل عين يجوز بيعها إلا المكاتب[2] إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه . ويجوز رهن مايسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهنا[3] ويجوز رهن المشاع[4] ثم ان رضى الشريك والمرتهن بكونه فى يد أحدهما أو غيرهما جاز ، وان اختلفا جعله الحاكم فى يد أمين أمانة أو بأجرة . ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه[5] الا على ثمنه فى أحد

═ وثيقة بحق يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها إذا كانت العين يجوز بيعها ، فعلى هذا لايجوز رهن المنافع لانها تهلك الى حلول الحق ، ولو رهنه أجرة داره شهرا لم يصح لانه مجهول

(١) قوله « ولا يجوز قبله » أى على الصحيح من المذهب ، وهو مذهب الشافعى . واختار أبو الخطاب أنه يصح فاذا قال رهنتك ثوبى هذا بعشرة تقرضنيها غدا وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب أبى حنيفة ومالك

[فائدة] تجوز الزيادة فى الرهن ويكون حكمها حكم الأصل ، ولا يجوز زيادة دين الرهن لانه رهن مرهون وهذا المذهب فيهما

(٢) قوله « الا المكاتب الخ » يصح رهن المكاتب اذا قلنا يصح بيعه على الصحيح من المذهب وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه فعلى المذهب يمكن من الكسب كما قبل الرهن وما أداه فهو رهن معه فان عجز ثبت الرهن فيه وفى أكسابه ، وان عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهنا

[فائدة] العين المؤجرة يصح رهنها على الصحيح من المذهب وعليه الأكثر ، وقيل لا

(٣) قوله « ويجوز رهن الخ » هذا المذهب لأنه يمكن ايفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب

(٤) قوله « ويجوز رهن المشاع » هذا المذهب وبه قال ابن أبى ليلى والنخعى ومالك والشافعى ، ويصح رهن بعض نصيبه من المشاع مثل أن يكون له نصف دار فيرهنه نصيبه من بيت منها على الصحيح من المذهب

(٥) قوله « ويجوز الخ » أى لأنه يجوز بيعه قبل قبضه فصح رهنه كما بعد ═

الوجهين (١). وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه الا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع فى أحد الوجهين (٢). ولا يجوز رهن العبد المسلم لكافر الا عند أبى الخطاب اذا شرطا كونه فى يد مسلم. ولا يلزم الرهن الا بالقبض (٣) واستدامته شرط فى اللزوم، فان أخرجه المرتهن باختياره الى

= القبض، فأما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان، وأما المكيل والموزون وما يلحق به من المعدود والمذروع قبل قبضه فذكر القاضى جواز رهنه وحكاه هو وابن عقيل عن الأصحاب واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

(١) **قوله** « إلا على ثمنه الخ » الصحيح من المذهب جواز رهنه على ثمنه لأن الثمن صار دينا فى الذمة والمبيع صار ملكا للمشترى فجاز رهنه بالثمن كغيره من الدين

(٢) **قوله** « وما لا يجوز الخ » وكذا الزرع الأخضر ؛ أحدهما يصح وهو المذهب لان الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه فى ذمة الراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، فأما ما لا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة فلا يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه، وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه

[فائدة] قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز أن يرهن الإنسان مال نفسه على دين غيره كما يجوز أن يضمنه وأولى، وهو نظير إعارته للرهن

[فائدة] يجوز أن يستأجر شيئا ليرهنه وأن يستعيره ليرهنه باذن ربه فيهما سواء بين قدر الدين لهما أو لا قاله القاضى وجزم به فى المغنى والشرح، ولا يجوز الرجوع بعد اقباضه، فان حل الدين وبيع رجع المعير أو المؤجر بقيمته أو بمثله إن كان مثليا، ولا يرجع بما باعه به سواء زاد على القيمة أو نقص على الصحيح من المذهب، وان لم يكن مثليا ضمنه بأكثر الأمرين من قيمته أو ما بيع به لأنه إن بيع بأقل من قيمته ضمن الراهن النقص، وإن بيع بأكثر كان ثمنه كله لمالكه

(٣) **قوله** « ولا يلزم الخ » لا يلزم الرهن إلا بالقبض، ويكون قبل القبض رهنا جائزا يجوز للراهن فسخه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وسواء فى ذلك المكيل والموزون وغيره، قال بعض أصحابنا فى غير المكيل والموزون رواية =

الراهن زال لزومه (١) فان رده إليه عاد اللزوم ولو رهنه عصيرا فتخمر زال لزومه فان تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق . وعنه أن القبض واستدامته المتعين ليس بشرط ، فتى امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه . وتصرف الراهن فى الرهن لايصح (٢) الا العتق فانه ينفذ ويأخذ منه قيمته رهنا مكانه ويحتمل أن لاينفذ عتق المعسر . وقال القاضى له تزويج الامة ويمنع الزوج وطئها ومهرها رهن معها والاول أصح . وان وطىء الجارية فأولدها

= أنه يلزم بمجرد العقد ، قال فى الانصاف : وعنه أن القبض ليس بشرط فى المتعين فيلزم بمجرد العقد نص عليه ، قال القاضى فى التعليق : هذا قول أصحابنا . قال فى التلخيص : هذا أشهر الروايتين وهو المذهب عند ابن عقيل وغيره ، فعليها متى امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه كالمبيع ، وان رده المرتهن على الراهن بعارية أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على رده ، ووجه الاولى قوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ وصفها بكونها مقبوضة

[فائدة] صفة قبض الرهن كقبض المبيع

(١) قوله « فان أخرجه الخ » أى سواء أخرجه باجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك ، فاذا عاد فرده إليه عاد اللزوم لأنه أقبضه باختياره ، وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعى : استدامة القبض ليست شرطا

(٢) قوله « وتصرف الراهن الخ » اذا تصرف الراهن فى الرهن فلا يخلو إما أن يكون بالعتق أو بغيره ، فالصحيح من المذهب أنه ينفذ وسواء كان موسرا أو معسرا . وعنه لا ينفذ عتق المعسر وبه قال مالك ، قال فى الانصاف هو قوى فى النظر وقال فى الفائق : وعنه لاينفذ عتق الموسر كغيره اختاره شيخنا يعنى به الشيخ تقى الدين ، فعلى المذهب فى الموسر تؤخذ منه قيمته رهنا والقيمة يوم العتق وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ، ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غير ذلك بغير رضى المرتهن ، وبه قال الثورى وأصحاب الرأى ، وقال مالك وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارته مدة لايتأخر انقضاؤها عن حلول الدين ، وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم ، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع

خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهنا (١) وان أذن المرتهن له فى بيع الرهن أو هبته ونحو ذلك ففعل صح وبطل الرهن، الا أن يأذن له فى بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنا أو يعجل دينه من ثمنه ونماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن (٢) ومؤنته على

---

(١) قوله «وإن وطئ الجارية الخ» هذا المذهب، فان كان الوطء باذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شئ للمرتهن لأنه أذن فى سبب ما ينافى حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم فى هذا خلافا، وان لم تحبل فهى رهن بحالها، وان اختلفا فى الإذن فالقول قول من ينكره

[فوائد] يجوز للمرتهن الرجوع فى كل تصرف أذن فيه بلا نزاع، فلو ادعى أنه رجع قبل البيع فهل يقبل قوله ؟ على وجهين : أحدهما يقبل اختاره القاضى واقتصر عليه فى المغنى، والثانى لا يقبل، قال فى الانصاف : قلت وهو الصواب

[الثانية] لو ثبت رجوعه وتصرف الراهن جاهلا برجوعه فهل يصح تصرفه ؟ على وجهين، بناء على تصرف الوكيل بعد عزله قبل علمه. والصحيح من المذهب هناك أنه ينعزل فكذا هنا

[الثالثة] لو كان الدين غير حال ولم يشترط جعل ثمنه رهنا مكانه بل فقد الأمران فهل يبقى ثمنه رهنا أو يبطل الرهن ؟ فيه وجهان : أحدهما يبقى ثمنه رهنا اختاره القاضى وقدمه فى الرعاية الصغرى والنظم، والثانى يبطل الرهن وهو ظاهر ماجزم به المصنف هنا وجزم به غيره وهو المذهب

(٢) قوله «ونماء الرهن وكسبه من الرهن» هذا المذهب، فاذا احتيج إلى بيعه بيع مع الأصل وسواء فى ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة. وقال مالك : يتبع الولد فى الرهن خاصة دون سائر النماء لأن الولد يتبع الأصل فى الحقوق الثابتة كولد أم الولد، وقال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر : لايدخل فى الرهن شئ من النماء المنفصل ولا من الكسب لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسرى الى غيره كحق جنايته حتى قال الشافعى لو رهنه ماشية خاصة فنتجت فالنتاج لايدخل فى الرهن، وخالفه أبو ثور =

الراهن[١] وكفنه إن مات واجرة مخزنه إن كان مخزونا . وهو أمانة فى يد المرتهن ان تلف بغير تعد منه فلا شئ عليه [٢] ولا يسقط بهلاكه شئ من دينه . وان تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين ولا ينفك شىء من الرهن حتى يقضي جميع الدين [٣]. وان رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك فى نصيبه [٤]. وان رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما انفك فى نصيبه . وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فان كان الراهن اذن للمرتهن أو العدل فى بيعه باعه ووفى الدين والا رفع الامر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع

= وابن المنذر واحتجوا بقوله ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » والنماء غنم ، ولنا أنه حكم ثابت فى العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل

(١) **قوله** « ومؤنته الخ » وبه قال مالك والشافعى لقوله ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » رواه الدار قطني وقال : اسناده جيد متصل

(٢) **قوله** « وهو أمانة الخ » أما اذا تلف فى يد المرتهن بتعد منه أو تفريط فى حفظه ضمنه لا نعلم فى ذلك خلافا ، فأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه ، وقال مالك ان كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن ، واذا ادعى تلفه بامر خفى لم يقبل قوله ويضمن ، وقال الثورى وأبو حنيفة يضمنه المرتهن بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين ، ويروى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، ولنا ما روى ابن أبى ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال « لا يغلق الرهن ، لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الأثرم

(٣) **قوله** « ولا ينفك شئ الخ » بلا نزاع حتى لو قضى أحد الوارثين مايخصه من دين برهن

(٤) **قوله** « وان رهنه الخ » هذا المذهب فان أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون فله ذلك وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لأن على المرتهن ضررا فيه ويقر فى يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة

الرهن فان لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه

فصـــل

وإذا شرط فى الرهن جعله فى يد عـــدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن. وان شرط جعله فى يد اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بحفظه[١] وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل الا أن تتغير حاله وله رده عليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فان فعل فعليه رده إلى يده فان لم يفعل ضمن حق الآخر ، وان أذنا له فى البيع لم يبع الا بنقد البلد[٢] فان كان فيه نقود باع بجنس الدين فان لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح . وان قبض الثمن فتلف فى يده فهو من ضمان الراهن[٣] وان استحق المبيع رجع المشترى على الراهن[٤] وان ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فانكر ولم

---

(١) قوله « وإن شرط جعله فى يد اثنين الخ » أى لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معا فان سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذى تعدى فيه ، وقال أبو حنيفة إن كان مما يقتسم اقتسماه ، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه لأن اجتماعهما على حفظه يشق

(٢) قوله « لم يبع إلا بنقد البلد » ظاهره أن الوكيل لايبيع هنا نسأ ، وهو كذلك قولا واحدا عند الجمهور ، واذا باع بالعدل بدون ثمن المثل عالما بذلك فقال المصنف فى المغنى : لايصح بيعه ، قال فى الشرح : قال شيخنا لايصح ، وقال أصحابنا يصح ويضمن النقص كله وهذا المذهب

(٣) قوله « وان قبض الثمن الخ » إذا باع العدل الرهن باذنهما وقبض الثمن فتلف فى يده من غير تفريط فلا ضمان عليه لأنه أمين ولا نعلم فى ذلك خلافا ويكون من ضمان الراهن ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : يكون من ضمان المرتهن لان البيع لاجله ، واذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين

(٤) قوله « وان استحق الخ » إذا خرج المبيع مستحقا فالعهدة على الراهن دون العدل إذا علم المشترى أنه وكيل ، وهكذا كل وكيل باع مال غيره ، وهذا قول الشافعى وقال أبو حنيفة العهدة على الوكيل وان خرج مستحقا فعلم المشترى =

يكن قضاه ببينة ضمن . وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالاشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم فى الوكيل . وان شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح وان عزلها صح عزله ويحتمل أن لا يصح[1]. وان شرط أن لا يبيعه عند الحول أو إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لم يصح الشرط . وفى صحة الرهن روايتان[2]

= بعد تلف الثمن فى يد العدل رجع على الراهن ولا شئ على العدل ، وان خرج مستحقا بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشترى على المرتهن وهو قول الشافعى ، فان كان المشترى رده بعيب لم يرجع على المرتهن لأنه قبض الثمن بحق ، ولا على العدل لأنه أمين ويرجع على الراهن ، فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشترى أنه وكيل كان للمشترى الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن ان أقر بذلك أو قامت به بينة ، وان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فان نكل قضى عليه أو ردت اليمين على المشترى فحلف ورجع على العدل ولم يرجع العدل على الراهن ، وعلى قول الخرقى القول فى حدوث العيب قول المشترى مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، فاذا حلف المشترى رجع على العدل ورجع العدل على الراهن

[فائدة] إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن فى يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدى أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لأن استئمانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقائه فى يده بخلاف التى قبلها

على قوله « وان ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فانكر ولم يكن قضاه ببينة ضمن » هذا المذهب لأنه فرط حيث لم يشهد ، ولأنه إنما أذن له فى قضاء مبرئ ولم يحصل فحينئذ يرجع المرتهن على راهنه ثم هو على العدل ومحله ما اذا كان القضاء بغير بينة فان كان لم يضمن لعدم تفريطه سواء كانت البينة قائمة أو معدومة ، وشرطه عدالتهم وان لا يكون بحضرة الموكل صرح به جماعة

(١) قوله « ويحتمل الخ » وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه

(٢) قوله « وان شرط الخ » اعلم أن كل شرط وافق مقتضى العقد إذا وجد =

فصــــل

إذا اختلفا فى قدر الدين أو الرهن أو رده أو قال أقبضتك عصيرا قال بل خمرا فالقول قول الراهن (١) وان أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه عتق وأخذت منه قيمته رهنا وان أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه قبل على نفسه ولم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه

= لم يؤثر فى العقد ، وإن لم يقتضه كالمحرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه أو نحوه أو نافى العقد كعدم بيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه فى محله وإلا فالرهن له فالشرط فاسد ، وفى صحة الرهن روايتان كالبيع اذا اقترن به شرط فاسد إحداهما يصح وهو المذهب

(١) قوله « واذا اختلفا فى قـدر الدين الخ » اذا اختلفا فى قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدى هذا بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعى والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وحكى عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن مالم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قال مالك واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق ، ولنا أن الراهن منكر للزيادة التى يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول النبى ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولـكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، واذا قال رهنتك هذا قال بل هذا فالقول قول الراهن وأما إذا اختلفا فى رد الرهن فالقول قول الراهن على الصحيح من المذهب

[فوائد] : الاولى لو قال رهنته عندى فقال الراهن بل غصبته أو هو وديعة عندك أو عارية فهل القول قول الراهن أو المرتهن ؟ فيه وجهان أصحهما يقبل قول الراهن

(الثانية) لو قال أرسلت وكيلك فرهن هذا عندى على ألفين ، فقال ما أذنت له فى رهنه إلا بألف فان صدق الرسول الراهن حلف ما رهنه إلا بألف ولا قبض غيره ولا يمين على الراهن ، ولن صدق المرتهن حلف الراهن وعلى الرسول ألف ويبق الرهن بألف

فصـــل

وإذا كان الرهن مركوبا أو محلوبا فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل فى ذلك(١) ، وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه

(الثالثة) لو قال رهنتك عبدى الذى بيدى بألف ، فقال بل بعتنى هو بها ، أو قال بعتك هو بها قال بل رهنتنى هو بها حلف كل منهما على نفى ما ادعى عليه وسقط ويأخذ الراهن رهنه ويبقى الألف بلا رهن

على قوله « عتق واخذت منه قيمته رهنا » . هذا إن كان موسرا ، فان كان معسرا فقد ذكرنا الخلاف فيه عند قوله وتصرف الراهن فى الراهن لا يصح إلا فى العتق

على قوله « قبل على نفسه ولم يقبل على المرتهن » . هـذا المذهب لانه متهم فى حقه فعلى هـذا إذا كذبه المرتهن وولى الجناية لم يسمع قوله ، وإن صدقه ولى الجناية لزمه أرشها ان كان موسرا لأنه حال بين المجنى عليه وبين رقه الجانى بفعله أشبه مالو قتـــله ، وان كان معسرا تعلق حق المجنى عليه برقبته اذا انفك الرهن وحينئذ فيستحق المشترى والمغصوب منه الرهن إذا انفك منه لأن اعترافه مقتض لذلك حالا ومآلا خولف فى الحال لأجل حق المرتهن فمتى زال عمل المقتضى عمله لـكن على المرتهن اليمين أنه لايعلم ذلك

(١) قوله « وإذا كان الرهن مركوبا الخ » هذا المذهب وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبة أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه أو استئذان وهو من المفردات . وعن أحمد رحمه الله تعالى رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشىء ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقوله ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ، ولنا ما روى البخارى باسناده عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهـونا » ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة ، ولا يجوز للمرتهن التصرف فى غير المركوب والمحلوب وهو المذهب . وليس للمرتهن أن ينفق على العبد والأمة ويستخدمهما بقدر النفقة ، وأما ما لايحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به =

فهو متبرع ، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين (١) . وكذلك الحكم فى الوديعة وفى نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها فى يد المكترى ، وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة (٢)

فصل

وإذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه فى الجناية أو يسلمه الى ولى الجناية فيملكه ، وعنه ان اختار فداءه لزمه جميع الأرش ، فان فداه فهو رهن بحاله ، وان سلمه بطل الرهن ، فان لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن ، وقيل يباع جميعه ويكون باقى ثمنه رهنا ، وان اختار المرتهن

= بغير إذن الراهن لا نعلم فى ذلك خلافا ، فاذا أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لأنه يصير قرضا جر منفعة . وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فاذن له الراهن جاز ذلك

(١) قوله «وان عجز الخ» إحداهما يرجع اذا أنفق بنية الرجوع وهو المذهب

(٢) قوله «واذا انهدمت الدار الخ» وهو المذهب وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها فعلى هذا لا يرجع الا بأعيان آلته وجزم القاضى فى الخلاف الكبير أنه يرجع بجميع ما عمر فى الدار لأنه من مصلحة الرهن وجزم به فى القواعد وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فيمن عمر وقفا بالمعروف يأخذ عوضه فيأخذه من مغله ، قال ابن عقيل ويحتمل عندى أنه يرجع بما يحفظ أصل مالية الدار لحفظه وثيقته ، وقال ابن رجب فى القواعد : وإن قيل إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به لم يرجع وان كان دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيها للخراب شيئا فشيئا حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع لكان متجها انتهى . قال فى الانصاف قلت وهو قوى

فداه فقداه باذن الراهن رجع به ، وإن فداه بغير اذنه فهل يرجع به ؟ على روايتين (١) ، وان جنى عليه جناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص ، فان اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه (٢) ، وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته ، وإن عفا السيد عن المال صح فى حقه ولم يصح فى حق المرتهن (٣) ، فاذا انفك الرهن رد الى الجانى ، وقال أبو الخطاب يصح وعليه قيمته ، وان وطىء المرتهن الجارية من غير شبهة فعليه الحد والمهر وولده رقيق ، وان وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما فى الحياة والموت (٤) ، فان برئت ذمة المضمون

---

(١) قوله « وان فداه بغير إذنه الخ » احداهما يرجع بناء على من قضى دين غيره بغير اذنه ، ويأتى فى باب الضمان أنه يرجع على الصحيح من المذهب فكذا هنا ، ولو تعذر استئذانه فقال ابن رجب خرج على الخلاف فى نفقة الحيوان المرهون

(٢) قوله « فان اقتص الخ » هذا المذهب نص عليه . ومعنى قوله فعليه قيمة أقلهما قيمة لوكان العبد المرهون يساوى عشرة وقاتله يساوى خمسة أو عكسه لم يلزم الراهن إلا الخمسة لانه فى الأولى لم يفوت على المرتهن الا ذلك القدر وفى الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقا الا بذلك القدر

(٣) قوله « فان عفا السيد عن المال الخ » يعنى اذا عفا السيد عن المال الذى وجب على الجانى بسبب الجناية صح فى حق الراهن ولم يصح فى حق المرتهن بمعنى أنه يؤخذ من الجانى الأرش فيدفع الى المرتهن فاذا انفك الرهن رد ما أخذ من الجانى اليه وهذا المذهب

(٤) قوله « ولصاحب الحق الخ» وبه قال الشافعى والثورى واسحاق وأصحاب الرأى لقوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم » ويصح الضمان بلفظ ضمين وكفيل وقبيل وحميل وصبير وزعيم ، أو يقول ضمنت دينك أو تحملته ونحو ذلك ،

عنه برىء الضامن وان برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه ، ولو ضمن ذمى لذمى عن ذمى خمرا فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برىء هو والضامن معاً [١] . ولا يصح إلا من جائز التصرف [٢] ، ولا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق ، وان ضمن باذن سيده صح ، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين [٣] . ولا يصح إلا برضاء الضامن ولا يعتبر رضاء المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما ولا كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب [٤] ، فلو قال ضمنت لك ما على فلان أو ماتداينه به صح .

= وان قال أنا أؤدى أو أحضر لم يكن من الفاظ الضمان ولم يصر ضامنا ، ووجه فى الفروع الصحة ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان

(١) قوله « ولو ضمن ذمى الخ » هذا المذهب ، وعنه ان لم يسلم المضمون له فله قيمتها ولو أسلم ضامنها برئ وحده

(٢) قوله « ولا يصح الا من جائز التصرف » يستثنى من ذلك المفلس المحجور عليه فانه يصح ضمانه على الصحيح من المذهب وقد صرح به المصنف فى هذا الكتاب فى باب الحجر ، ودخل فى عموم كلام المصنف صحة ضمان المريض وهو صحيح فيصح بلا نزاع لكن ان مات فى مرضه حسب ماضمنه من ثلثه

(٣) قوله « وان ضمن باذن سيده الخ » إحداهما تتعلق بذمة سيده وهو المذهب ، ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كالعبد ، وإذا فهمت إشارة الأخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه وإقراره وتبرعه

(٤) قوله « ولا كون الحق معلوما » يعنى إذا كان مآله إلى العلم « ولا واجبا اذا كان مآله إلى الوجوب » فلو قال ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به صح هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الثورى والليث وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر لا يصح لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن ، ولنا قوله =

ويصح ضمان دين الضامن(١) ودين الميت المفلس وغيره ، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء فى أصح الروايتين ، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشترى وعن

= تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » . ومن ضمان مايجب ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونة قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال : تجوز كتابته والشهادة به لمن لم ير جوازه لأنه محل اجتهاد ، قال وأما الشهادة على العقود المحرمة على وجه الإعانة عليها فحرام ، واختار صحة ضمان حارس ونحوه وتجار حرب ما يذهب من البلد أو البحر وان غايته ضمان مالم يجب وضمان المجهول كضمان السوق وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التجار للناس من الديون وهو جائز عند أكثر العلماء كمالك وأبى حنيفة وأحمد وقال : الطائفة الواحدة الممتنعة من أهل الحرب التى ينصر بعضها بعضا تجرى مجرى الشخص الواحد فى معاهدتهم ، وإذا شورطوا على أن تجارهم يدخلون دار الاسلام بشرط أن لا يأخذوا للسلمين شيئا وما أخذوه كانوا ضامنين له فى أموالهم جاز

(١) قوله « ويصح ضمان دين الضامن » أى الدين الذى ضمنه الضامن فيثبت الحق فى ذمم الثلاثة ، وكذا يصح ضمان الدين الذى كفله الكفيل فيبرأ الثانى بإبراء الأول ولا عكس ، وان قضى الدين الضامن الأول رجع على المضمون عنه ، وان قضاه الثانى رجع على الضامن الأول ثم يرجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه ، وان لم يكن أذن فنى الرجوع روايتان ، قلت : المذهب الرجوع على ما يأتى فيما إذا قضى الضامن الدين

على قوله « ولا تبرأ ذمته قبل القضاء فى أصح الروايتين » لقوله عليه الصلاة والسلام « نفس المؤمن معلقة بدينه » ولما أخبر أبو قتادة بوفاء الدين فقال « الآن بردت جلدته » رواه أحمد . والثانية يبرأ لما روى أبو سعيد رضى الله عنه قال « كنا مع النبى ﷺ فى جنازة فلما وضعت قال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا درهمان . فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال على : هما على يارسول الله =

المشترى للبائع [١] ، ولا يصح ضمان دين الكتابة فى أصح الروايتين [٢] ، ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدى فيها [٣] ، وأما الاعيان المضمونة كالغصوب والعوارى والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها [٤] ، وان قضى الضامن الدين متبرعا لم يرجع

= وأنا لهما ضامن ، فقام فصلى عليه ، ثم أقبل على على فقال : جزاك الله عن الإسلام خيرا ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » رواه الدار قطنى

(١) قوله « ويصح ضمان عهدة الخ » هذا بلا نزاع ، فضمانه عن المشترى للبائع أن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه أو إن ظهر به عيب أو استحق ، وضمانه عن البائع للمشترى أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو أرش للعيب فضمان العهدة فى الموضعين هو ضمان الثمن أو بعضه عن أحدهما للآخر . وأصل العهدة هو الكتاب الذى تكتب فيه الوثيقة للبيع ويذكر فيه الثمن ثم عبر به عن الثمن الذى يضمنه . ولو بنى المشترى ونقضه المستحق فالانقاض للمشترى ويرجع بقيمة التالف على البائع ، وهل يدخل فى ضمان العهدة فى حق ضامنها ؟ على وجهين أحدهما يدخل قدمه فى الرعايتين والحاويين والثانى لايدخل وهو ظاهر كلامه فى الشرح فانه ما ضمنه إلا إذا ضمن مايحدث فى المبيع من بناء أو غراس

(٢) قوله « ولا يصح ضمان الخ » وهو المذهب وهو قول الشافعى وأكثر أهل العلم لأنه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم لان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من الأداء

(٣) قوله « ولا يصح ضمان الأمانات الخ » أما الأمانات كالوديعة والعين المأجورة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الخياط والقصار فان ضمنها بغير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه ، وإن ضمن التعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحته ، فان تلفت بغير فعله ولا تفريط منه فلا شئ على الضامن ، وان تلفت بفعله أو تفريط منه لزمه ضمانها ولزم ضامنه أيضاً

(٤) قوله « وأما الأعيان الخ » وبه قال أبو حنيفة لأنها مضمونة على =

بشيء (١) ، وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين . وان أذن فى أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ، وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه ، وان اعترف بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره ، وان قضى المؤجل قبل أجله لم

= من هى فى يده فصح ضمانه كالحقوق الثابتة فى الذمة . ويصح ضمان الجعل فى الجعالة والمسابقة والمناضلة ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقودا كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات ، وقال أصحاب الشافعى لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول ، وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ، ويصح ضمان نفقة الزوجة وسواء كانت يومها أو مستقبلة ويلزمه ما يلزم الزوج

(١) قوله « وان قضى الضامن الخ » إذا قضى الضامن الدين متبرعا لم يرجع بلا نزاع ، وان نوى الرجوع ففيه أربع مسائل : إحداها أن يضمن باذنه ويقضى باذنه فيرجع بلا نزاع ، الثانية أن يضمن باذنه ويقضى بغير إذنه فيرجع أيضا بلا نزاع ، الثالثة أن يضمن بغير إذنه ويقضى باذنه فيرجع على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ، الرابعة أن يضمن بغير إذنه ويقضى بغير إذنه فهذه فيها الروايتان إحداهما يرجع وهو المذهب بلا ريب ونص عليه قال فى الفائق اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

على قوله « وان أذن فى أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين » ، لأنه ان كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبا عليه فهو متبرع بأدائه ، وان كان المقضى أقل إنما يرجع بما غرم ، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين

على قوله « لم يرجع الضامن على المضمون عنه » ، لأنه إنما أذن الضامن فى قضاء مبرىء ولم يوجد

على قوله « سواء صدقه » ، المضمون عنه

على قوله « أو كذبه » ، لأن المانع من الرجوع تفريط الضامن

يرجع حتى يحل . وإن مات المضمون عنه أو الضامن فهل يحل الدين عليه ؟ على روايتين (١) . وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر . ويصح ضمان الحالّ مؤجلا (٢) وإن ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجـــــــله فى أصح الوجهين (٣)

على قوله « لم يرجع حتى يحل » . لأنه لا يجب له أكثر مما يجب للغريم أى إذا مات المضمون عنه وقلنا يحل بموته لم يحل على الضامن لأن الانسان لا يحل عليه دين بموت غيره بل يبقى حالا بالنسبة إلى الأصل مؤخرا بالنسبة إلى الفرع ، وكذا إذا مات الضامن ، لكن إذا استوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل

(١) قوله « وإن مات المضمون عنه الخ » احداهما لا يحل وهو المذهب

(٢) قوله « ويصح ضمان الحال مؤجلا » أى بلا نزاع نص عليه فلصاحب الحق مطالبة المضمون عنه فى الحال دون الضامن

(٣) قوله « وإن ضمن المؤجل الخ » وهو المذهب ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن وبه قال الشافعى فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولم يلزمه أداؤه قبل أجله لأنه فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه . ولا يدخل الضمان والكفالة خيار . لأن الخيار جعل لتعارف ما فيه الحظ ، والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما ، ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فــلم يدخله خيار ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم فيه خلافا ، فان شرط الخيار فيهما فقال القاضى عندى الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعى لأنه شرط ينافى مقتضاه ، ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا فى الشروط الفاسدة فى البيع . وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراك فقالا ضمنا لك الألف الذى على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه ، وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه ، فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكتا فعليه ثلث الألف ولا شئ عليهما ، وإن قال كل واحد منهم أنا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد فله مطالبة كل واحد منهم بالألف ، وان أدى أحدهم الألف كله أو حصته منه لم يرجع إلا على المضمون عنه لأن كل واحد منهم ضامن أصلى وليس بضامن عن الضامن الآخر

فصل فى الكفالة

وهى التزام إحضار المكفول به، وتصح ببدن من عليه دين[١] وبالأعيان المضمونة [٢]، ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص [٣] ولا بغير معين كأحد هذين. وان كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو أو كفل بانسان على أنه جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح فى أحد الوجهين. ولا يصح إلا برضاء الكفيل وفى رضاء المكفول به وجهان، ومتى أحضر المكفول به وسلمه برىء إلا أن يحضره قبل الأجل وفى قبضه ضرر[٤]. وان

---

(١) قوله «وتصح ببدن من عليه دين» تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور الى مجلس الحاكم بدين لازم سواء كان معلوما أو مجهولا، وقال بعض الشافعية لاتصح ببدن من عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله. ولنا أن الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل لاحتمال عارض، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانهما قد يجب إحضارهما فى مجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف، ويصح ببدن المحبوس والغائب

(٢) قوله «وبالاعيان المضمونة» يعنى يصح أن يكفلها بحيث انه إذا تعذر احضارها يضمنها الا أن تتلف بفعل الله تعالى على ما يأتى. وتنعقد الكفالة بالفاظ الضمان

(٣) قوله «ولا تصح ببدن الخ» هذا المذهب وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى تصح واختاره فى الفائق

على قوله «فى اصح الوجهين» وهو المذهب

على قوله «وجهان» أشهرهما لا يعتبر كالضمان

(٤) قوله «إلا أن يحضره قبل الاجل الخ» أى مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحكم أو الدين مؤجلا أو هناك ظالم يمنعه منه فلا يلزم قبوله كالمسلم فيه. وعلم منه أن الكفالة تصح مؤجلة لكن يعتبر أن يكون معلوما فلو جعله إلى أجل مجهول لم يصح، وان جعله إلى الحصاد ونحوه خرج =

مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برىء الكفيل (١) وان تعذر إحضاره (٢) مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين . وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضى فيحضره ، فان تعذر إحضاره ضمن ما عليه ، واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا ، وإذا كفل اثنان

= على الخلاف . قال فى الشرح والاولى صحته هنا لانه تبرع من غير عوض فصح كالنذر . ثم ان عين مكانا لتسليمه تعين ولم يبرأ باحضاره فى غيره وان أطلق تعين مكان العقد

(١) قوله « وان مات المكفول به الخ » اذا مات المكفول به برىء الكفيل على الصحيح من المذهب وبه قال شريح والشعبي وأبو حنيفة والشافعى . وسواء توانى الكفيل فى تسليمه حتى مات أو لا ، وقيل لا يبرأ مطلقا فليزمه الدين وهو قول الحكم ومالك والليث واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ذكره عنه فى الفائق لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولنــا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرىء الكفيل كما لو برىء من الدين ولان ما التزامه من أجله سقط عن الاصل فبرىء الفرع ، ومحل الخلاف إذا لم يشترط فان شرط الكفيل أنه لا شىء عليه إن مات برىء بموته قولا واحدا ، وأما إذا تلفت العين بفعل الله فالصحيح من المذهب أن الكفيل يبرأ

على قوله « أو سلم نفسه » « أى بشرطه

(٢) قوله « وان تعذر إحضاره » هذا المذهب وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : السجان كالكفيل وإذا قال الكفيل قد برىء المكفول به من الدين أو قال لم يكن عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فان نكل قضى عليه وإذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك برىء

على قوله « وإذا طالب الكفيل المكفول به ـ إلى قوله ـ وإلا فلا » « وهذا المذهب فيهما

برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر (١) ، وإن كفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر

باب الحوالة (٢)

والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال (٣) . ولا تصح الا بثلاثة شروط : (أحدها) أن يحيل على دين مستقر ، فإن أحال على مال الكتابة أو السلم أو الصداق قبل الدخول لم يصح (٤) ، وان أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح . و (الثانى)

---

(١) قوله « وإذا كفل اثنان برجل الخ » هذا المذهب وقيل يبرأ وهو احتمال فى الكافى وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه قاله ابن رجب فى قواعده وقال : والأظهر أنهما إن كفلا كفالة اشتراك مثل أن يقولا كفلنا لك زيدا نسلمه اليك فإذا سلمه أحدهما برىء الآخر لان التسليم الملتزم واحد فهو كأداء أحد الضامنين للمال ، وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك بأن قالا كل واحد منا كفيل لك بزيد فكل واحد منهما ملتزم له إحضاره فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقيا . ويصح أن يكفل الكفيل كفيل آخر فإن برىء الاول برىء الثانى ولا العكس

(٢) الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع ولا عبرة بمخالفة الأصم لقوله ﷺ « مطل الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » متفق عليه ، وفى لفظ « من أحيل بحقه على ملىء فليحتل »

(٣) قوله « فلا يملك المحتال الخ » أى لأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله هذا إذا اجتمعت شروطها ورضى بها المحتال ولم يشترط اليسار سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو جحد الحق ولا بينة به وحلف عليه فى قول الجماهير . وعنه إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال به فله الرجوع واختاره جمع والأول المذهب

(٤) قوله « فإن أحال على مال الكتابة الخ » أما إذا أحال على مال الكتابة فإنه لا يصح لأنه ليس بمستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وظاهره ولو حل فى المنصوص وتصح الحوالة عليه بدين آخر إذ حكمه حكم الاصرار فى =

اتفاق الدينين[١] فى الجنس والصفة[٢] والحلول والتأجيل[٣]. و (الثالث) أن يحيل برضائه ولا يعتبر رضاء المحال عليه ولا رضاء المحتال ان كان المحال عليه مليا[٤] وان ظنه مليا فبان مفلسا ولم يكن رضى بالحوالة رجع عليه وإلا فلا[٥]

═ المداينات وأما إذا أحال على مال السلم فإنه لا يصح أيضا لأنه يتعرض للفسخ بانقطاع المسلم فيه لأنها لاتصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه وهو ممتنع فى السلم لقوله من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره لكن فى صحتها فى رأس ماله بعد فسخه وجهان . وأما الإحالة بالصداق فلأنه غير مستقر بدليل سقوطه بردتها أو بصفة(*) بطلاقها ، ومثله إذا أحال البائع بالثمن على المشترى فى مدة الخيار

على قوله « أو السلم » . وقال الزركشى ويظهر لى منع الحوالة بالمسلم فيه

(١) قوله « الثانى اتفاق الدينين » أى تماثل الحقين كذهب بذهب أو دراهم بدراهم فإن أحال من عليه ذهب بفضة أو عكسه لم يصح

(٢) قوله « والصفة » أى كصحاح بصحاح أو مصرية بمثلها فلو اختلفا لم يصح

(٣) قوله « والتأجيل » أى بأن يكونا مؤجلين ويعتبر اتفاق الأجل فلو كان أحدهما يحل بعد شهر والآخر بعد شهرين لم يصح فلو جوزت مع الاختلاف صار المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها واكتفى بما ذكره عن ذكر التساوى فى القدر لأن الاجل إذا منع لكونه يقابله قسط تقديرا فالزيادة المحققة أولى

[فائدة] إذا صحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع خيراً من حقه أو بدونه فى الصفة أو تعجيله أو تأجيله أو عوضه جاز ، ذكره فى المغنى والشرح

(٤) قوله « ولا يعتبر رضاء المحال عليه الخ » أى بل يجب عليه القبول نص عليه لظاهر الخبر وفسر الملى أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه : فماله القدرة على الوفاء. وقوله أن لا يكون مماطلا . وبدنه إمكان حضوره بمجلس الحكم . فان امتنع من القبول أجبر عليه ، وفى براءة ذمة المحيل قبل أن يجبره الحاكم روايتان إحداهما نعم وهى المذهب فلو هلك المحال عليه معسرا أو مات أو جحد فلا شىء له

(٥) قوله « وإلا فلا » أى إذا رضى بالحوالة فلا رجوع له نص عليه لأنه ═

(*) قوله أو بصفة كذا هو بالأصل كما فى المبدع . ولعل الصواب : أو بعضه بطلاقها

ويحتمل أن يرجع (١) . واذا أحال المشترى البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا فالحوالة باطلة ، وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة (٢) . وللبائع أن يحيل المشترى على من أحاله المشترى عليه فى الصورة الاولى ، وللمشترى أن يحيل المحال عليه على البائع فى الثانية ، ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها ، واذا قال أحلتك قال بل وكلتنى أو قال وكلتك قال بل أحلتنى فالقول قول مدعى الوكالة (٣) ، وان اتفقا على أنه قال أحلتك وادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة وأنكر الآخر ففى أيهما يقبل قوله؟ وجهان (٤). وان قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعى الحوالة وجها واحدا

باب الصلح (٥)

الصلح فى الاموال قسمان : (أحدهما) صلح على الإقرار . وهو نوعان :

= مع الرضى يزول شغل الذمة فلا يعود بعد زواله

(١) قوله « ويحتمل أن يرجع » هذا رواية كشرطها وظاهره أنه إذا رضى المحتال بها مع علمه بفلس المحال عليه أنه لا رجوع له بغير خلاف

(٢) قوله « وإن فسخ البيع بعيب الخ » أى لان عقد البيع لم يرتفع هنا فلم يسقط الدين فلم تبطل الحوالة لانتفاء المبطل وحينئذ للمشترى الرجوع على البائع فيهما لانه لما رد المعوض استحق الرجوع بالعوض

على قوله «ويحتمل أن يبطل ان لم يكن قبضها » وقدمه فى الكافى لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ وظاهره أنها لاتبطل إذا كان المحتال قبضها وجها واحدا

(٣) قوله « فالقول قول من يدعى الوكالة » أى مع يمينه لانه يدعى بقاء الحق على ماكان وينكر انتقاله ، فاما إن كان لاحدهما بينة حكم بها

(٤) قوله « وان اتفقا الخ » أحدهما وهو المذهب يقبل قول مدعى الوكالة لان الاصل بقاء الحق على المحال عليه والمحتال يدعى نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر

(٥) هذا الباب معقود للصلح بين المختلفين فى الأموال وهو جائز بالاجماع لقوله ﷺ « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح

أحدهما الصلح على جنس الحق (١) ، مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقى فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطينى الباقى أو يمنعه حقه بدونه ، ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولى اليتيم الا فى حال الانكار وعدم البينة ، ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالا لم يصح (٢) ، وإن وضع بعض الحالّ وأجل باقيه صح الاسقاط دون التأجيل (٣) ، وان صالح عن الحق بأكثر منه من

---

(١) قوله « أحدهما صلح على جنس الحق الخ » وجملته أنه إذا اعترف بدين أو عين فى يده فأبرأ الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض الغارمين وطلب منه الباقى صح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط لانه ﷺ قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفى الذى أصيب فى حديقته فمر به النبى ﷺ وهو ملزوم فاشار إلى غرمائه بالنصف فاخذوه منه . وقد روى عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينا كان له عليه فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ فخرج اليهما ثم نادى يا كعب فقال لبيك يارسول الله فاشار اليه أن ضع الشطر من دينك قال قد فعلت فقال ﷺ قم فاعطه متفق عليه . وسواء كان بلفظ الصلح أو الابراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطينى ما بقى

(٢) قوله « ولو صالح عن المؤجل الخ » هذا المذهب وكره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر رضى الله عنهم وقال نهى عمر أن يباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعى والثورى وابن عيينة وأبو حنيفة واسحاق، وفى الارشاد والمبهج رواية يصح واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وابن سيرين والنخعى أنه لا باس به ، وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأسا بالعروض أن يأخذها بحقه قبل محله لانهما تبايعا العرض بما فى الذمة فصح ، ولنا أنه بذل القدر الذى يحطه عوضا عن تعجيل مافى ذمته ، وبيع الحلول أو التأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة

(٣) قوله « وان وضع بعض الحال الخ » هذا المذهب ، وقوله دون التأجيل أى لم يلزم التأجيل ، وعنه يصح

جنسه مثل أن يصالح عن دية الخطأ أو عن قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح (١) وان صالحه بعرض قيمته أكثر منها صح فيهما ، وان صالحه عن بيت على أن يسكنه سنة أو يبنى له فوقه غرفة لم يصح (٢) ، ولن قال أقر لى بدينى وأعطيك منه مئة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح (٣) ، فان صالح انسانا ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح ، وان دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعى مالا صلحا عن دعواه صح (٤) . النوع الثانى أن يصالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة، فان كان بأثمان عن أثمان فهو

---

(١) قوله « وإن صالح عن الحق الخ » وهذا المذهب ، وهو مذهب الشافعى واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى الصحة وأنه قياس قول أحمد كعوض وكالمثلى وبه قال أبو حنيفة لأنه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر منه قيمة كما لو باعه بذلك ، ولنا أن الدية والقيمة تثبت فى الذمة مقدرة فلم يجز أن يصالح بأكثر من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع

(٢) قوله « وإن صالحه عن بيت الخ » إذا ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على أن يبنى له فوقه غرفة أو على أن يسكنه سنة لم يصح لأنه يصالحه من ملكه على ملكه أو منفعته ، وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها ، وإن أعطاه بعض داره بناء على هذه فتى شاء انتزعه منه لأنه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه ، وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ماسكن وأجر ما كان فى يده من الدار

[فائدة] ولو كان فى ذمته مثلى من قرض أو غيره لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه من جنسه ، وان صالح عن قيمة ذلك بأكثر منها جاز

(٣) قوله « ولو قال أقر لى الخ » أى لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه ، فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره

(٤) قوله « وان دفع المدعى عليه الخ » مفهومه أن المرأة لو دفعت مالا صلحا عن دعواه عليها الزوجية لم يصح وهو أحد الوجهين ، والثانى يصح وهو الصحيح

على قوله « فهو معاوضة » . أى كما لو اعترف له بعين فى يده أو دين فى ذمته ثم يعوضه عنه

صرف ، وان كان بغير الأثمان فهو بيع ، وان كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة تبطل بتلف المال كسائر الاجارات ، وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صح (١) ، فان كان الصلح عن عيب فى مبيعها فبان أنه ليس بعيب رجعت بأرشه لا بمهرها ، فان صالح عما فى الذمة بشيء فى الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين ، ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة (٢)

(القسم الثانى) أن يدعى عليه عينا أو دينا فينكره ثم يصالحه على مال

على قوله « فهو صرف » . فيشترط القبض فى المجلس

على قوله « وان كان بمنفعة كسكنى دار » أو خدمة عبد أو يعمل له عملا معلوما

على قوله « تبطل بتلف المال كسائر الإجارات » فان تلفت قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت ورجع بما صالح عنه وبعد استيفاء بعضها تنفسخ فيما بقى منها ويرجع بقسط مابقى

(١) قوله « وان صالحت المرأة » إذا اعترفت المرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقا لها ، فان كان المعترف به عيبا فى مبيعها فبان أنه ليس بعيب كبياض فى عين العبد ظنته عمى رجعت بأرشه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها فان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه

(٢) قوله « ويصح الصلح عن المجهول الخ » هذا المذهب ، وقال الشافعى لايصح الصلح على مجهول لانه فرع للبيع والبيع لا يصح على مجهول ، ولنا ماروى عن النبي ﷺ أنه قال فى رجلين اختصما فى مواريث درست بينهما « استهما وتوخيا الحق وليحلل أحدكما صاحبه » رواه أحمد وأبو داود ، ومفهوم كلام المصنف أنه إذا أمكن معرفة المجهول لا يصح الصلح عنه وهو صحيح جزم به فى المغنى والكافى والشرح والمحرر لعدم الحاجة كالبيع قال فى الفروع وهو ظاهر نصوصه ، وحيث قلنا يصح الصلح عن المجهول فانه يصح بنقد ونسيئة جزم به فى الفروع وغيره من الاصحاب

على قوله « القسم الثانى » صلح الإنكار

فيصح ويكون بيعا فى حق المدعى [١] حتى ان وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح ، وان كان شقصا مشفوعا ثبتت فيه الشفعة ويكون ابراء فى حق الآخر فلا يرد ماصالح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة ، ومتى كان أحدهما عالما بكذب نفسه فالصلح باطل فى حقه وما أخذه حرام عليه ، وان صالح عن المنكر أجنبى بغير اذنه صح ولم يرجع عليه فى أصح الوجهين [٢] ، وان صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفا بها عالما بعجزه عن استيفائها لم يصح [٣] ، وان ظن القدرة عليه صح ، وان عجز عن ذلك فهو مخير بين فسخ الصلح وبين امضائه

---

(١) قوله « القسم الثانى الخ » أعلم أن الصحيح فى المذهب صحة الصلح عن الانكار وعليه الأصحاب وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وعنه لايصح وهو قول الشافعى لأنه عاوض عما لا يثبت له فلم تصح المعاوضة ، ولنا عموم قوله ﷺ « الصلح بين المسلمين جائز » فيدخل فى عمومه فعلى المذهب يثبت فيه ماقاله المصنف لكن قال فى الارشاد يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة

على قوله « ولا يؤخذ بشفعة » لاعتقاده أنه ليس بعوض

(٢) قوله « وان صالح عن المنكر أجنبي الخ » إذا صالح عن المنكر أجنبي فتارة يكون المدعى به دينا وتارة يكون عينا ، فان كان المدعى به دينا صح الصلح عند الأصحاب لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير إذنه ، فان عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبي ﷺ ، وقيل لايصح لأنه بيع دين لغير المديون ، وان كان عينا ولم يذكر أن المنكر وكله فظاهر كلام المصنف هنا صحة الصلح وهو المذهب ، وفى الموضعين إذا صالح عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداؤه ، وخرجه القاضى وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، وهذا التخريج لايصح لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر

(٣) قوله « وان صالح الأجنبي الخ » إذا لم يعترف الأجنبي للمدعى بصحة دعواه فالصلح باطل بلا نزاع أعلمه لانه يشترى منه ما لم يثبت له و يتوجه اليه خصومة يفتدى منها أشبه ما لو اشترى منه ملك غيره ، وان اعترف له بصحة =

فصـــل

يصح الصلح عن القصاص بديات وبـــكل ما يثبت مهرا ، ولو صالح سارقا ليطلقه أو شاهدا ليكتم شهادته أو شفيعا عن شفعته أو مقذوفا عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة(١) وفى الحد وجهان . وان صالحه على أن يجرى على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح ، ويجوز أن يشترى ممرا فى دار وموضعا فى حائطه يفتحه بابا وبقعة يحفرها بئرا وعلو بيت يبنى عليه بنيانا موصوفا ، فان كان البيت غير مبنى لم يجز فى أحد الوجهين ، والآخر يجوز اذا وصف العلو والسفل . وان حصل فى هوائه أغصان شجرة غير فطالبه

= دعواه وكان المدعى به دينا لم يصح أيضا على الصحيح من المذهب لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ، ولأنه بيع الدين لغير من هو فى ذمته وهو لا يصح. وان كان المدعى به عينا فقال الأجنبي للمدعى أنا أعلم أنك صادق فصالحنى عنها فانى قادر على استيفائها من المنكر صح الصلح وهو مذهب الشافعى لأنه اشترى منه ملكه الذى يقدر على قبضه . قال أصحابنا وان عجز كان له الفسخ لأنه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ، ويحتمل ان تبين له أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسدا لأن الشرط الذى هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسدا كما لو اشترى عبده فبان آبقا أو ميتا ، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح

على قوله « فصل يصح الصلح » هذا شروع فى الصلح عما ليس بمال

(١) قوله « ولو صالح سارقا الخ » إذا صالح السارق والزانى والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز له أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق له فيه ، وان صالح شاهدا ليكتم شهادته لم يصح ، وأما الشفعة فتسقط وهو المذهب وعليه الأكثر ، وأما سقوط حد القذف ففيه وجهان وهما مبنيان عند أكثر الأصحاب هل هو حق لله تعالى أو لآدمى ؟ فيه روايتان : فان قلنا هو حق لله تعالى لم يسقط والا سقط ، والصحيح من المذهب أنه حق للآدمى فيسقط

على قوله « وان صالحه على أن يجرى على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح» =

بازالتها لزمه[١]، فان أبى فله قطعها ، فان صالحه عن ذلك بعوض لم يجز[٢] ، وان اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم ، ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحا ولا ساباطا ولا دكانا ولا أن يفعل ذلك فى ملك انسان ولا درب غير نافذ إلا بإذن أهله [٣] ، فان صالح عن ذلك بعوض جاز فى

= وطريق العلم إما بالمشاهدة وإما بمعرفة مساحته فيقدر فى الأرض بالفدان وفى السطح إما بصغره أو كبره ، ويشترط معرفة الموضع الذى يخرج منه إلى السطح فان ذلك يختلف فان كان بعوض مع بقاء ملكه فاجارة وإلا فبيع ، ولا يعتبر بيان عمقه ولا تعيين المدة إذ العقد على المنفعة فى موضع الحاجة من غير تقدير مدة جائز كالنكاح

(١) قوله « وان حصل فى هوائه الخ » أى لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره ، فان امتنع المالك من إزالته لم يجبر لأنه من غير فعله وإن تلف بها شىء لم يضمنه لذلك ، ويحتمل أن يجبر ويضمن ما تلف به إذا أمر بازالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه على ملك غيره

على قوله « فان أبى فله قطعها » ، ولو عبر بالإزالة كغيره لكان أولى ؛ فان أمكنه إزالتها بغير قطع فقطعها ضمنها فان لم يمكن فله قطعه

(٢) قوله «فان صالحه الخ» اختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطبا كان الغصن أو يابسا لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز رطبا كان الغصن أو يابسا لان الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم ، وقال فى المغنى والأولى بمذهب أحمد صحته ، وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجرة إنسان إلى أرض جاره سواء أثرت ضررا مثل تأثيرها فى المصانع وطى الآبار وأساسات الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم تؤثر ، فان الحكم فى قطعه والصلح عنه كالحكم فى الغصن الا أن العروق لا ثمر لها

على قوله « جاز ولم يلزم » ، إذ لزومه يؤدى الى ضرر مالك الشجرة لتأبد استحقاق الثمرة عليه ، أو الى ضرر مالك الهواء لتأبد بقاء الأغصان فى ملكه

(٣) قوله « ولا يجوز أن يشرع الخ » هذا المذهب . الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشب مدفونة فى الحائط وأطرافها خارجة إلى الطريق، وسواء =

أحد الوجهين، وإذا كان ظهر داره فى درب غير نافذ ففتح فيه لغير الاستطراق

= كان يضر بالمارة فى العادة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الأولى وهو المستوفى لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجدران فى ملكه أو لم يكونا ، أذن الإمام فى ذلك أو لم يأذن ، وهو من مفردات المذهب ، وحكى عن أحمد رحمه الله تعالى جوازه بلا ضرر واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وصاحب الفائق ، ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق النافذ ولا إلى درب غير نافذ إلا بإذن أهله على الصحيح من المذهب وهو من المفردات ، وفى المغنى والشرح احتمال بالجواز مع انتفاء الضرر وحكى رواية عن أحمد رحمه الله تعالى ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى إخراج الميازيب إلى الدرب هو السنة واختاره ،قلت وعليه العمل فى كل عصر ومصر

[فائدتان] إحداهما الصحيح من المذهب أن الجار يمنع من التصرف فى ملكه بما يضر بجاره كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره وبناء حمـــام إلى جنب داره يتأذى بذلك ونصب تنور يتأذى باستدامة دخانه وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه أو رحى أو حفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره ونحو ذلك وعليه جماهير الأصحاب ، فان حفر بئرا فى ملكه فانقطع ماء بئر جاره أمر بسدها ليعود ماء البئر الأولى فان لم يعد كلف صاحب البئر الأولى حفر البئر التى سدت لأجله ، وعنه لا يكلف سد بئره ولو انقطع ماء جاره ، قال القاضى فيخرج فى المسائل التى قبلها روايتين

(الثانية) لو ادعى أن بئره فسدت من خلاء جاره أو بالوعته طرح فى الخلاء أو البالوعة نفط فان لم يظهر طعم النفط ولا رائحته فى البئر علم أن فسادها بغير ذلك وان ظهر طعمه أو ريحه كلف صاحب الخلاء والبالوعة نقل ذلك إن لم يمكن إصلاحه هذا اذا كانت البئر أقدم منهما ، وليس له منعه من تعلية داره ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى قال فى الفروع ويتوجه من قول أحمد رحمه الله تعالى « لا ضرر ولا ضرار » منعه ، قال فى الانصاف قلت وهو الصواب ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : ليس له منعه خوفا من نقص أجرة ملكه بلا نزاع ، ويلزم الأعلى بناء سترة تمنع مشارفة الأسفل على الصحيح من المذهب وهو من مفردات المذهب

جاز ويحتمل أن لايجوز ، فان فتحه للاستطراق لم يجز إلا باذنهم فى أحد الوجهين ، وان صالحهم جاز ، ولو أن بابه فى آخر الدرب ملك نقله إلى أوله ولم يملك نقله إلى داخل منه فى أحد الوجهين ، وليس له أن يفتح فى حائط جاره ولا فى الحائط المشترك روزنة ولا طاقا إلا باذن صاحبه ، وليس له وضع خشبة عليه إلا عند الضرورة بأن لا يمكنه التسقيف إلا به (١) ، وعنه ليس له وضع خشبة على جدار المسجد ، وهذا تنبيه على أنه لا يضع على جدار جاره ، وان كان بينهما حائط تهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر

على **قوله** «إلا باذن أهله» * لأن المنع لحقهم فاذا رضوا جاز

على **قوله** «فان فتحه للاستطراق لم يجز» «اذ لا حق له فى الدرب الذى هو ملك غيره

على **قوله** «فى أحد الوجهين» * هو متعلق بقوله لم يجز لا المستثنى

على **قوله** «ملك نقله الى أوله» * أى بلا ضرر

على **قوله** «وليس له أن يفتح» * أى يحرم عليه

على **قوله** «روزنة ولا طاقا» * لانه انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذا يحرم غرز وتد

(١) **قوله** «وليس له وضع خشبة الخ» أما وضع خشبة عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لانعلم فيه خلافا لقوله ﷺ «لاضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به إلا أن به غنى عنه لإمكانه وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لايجوز وهو الصحيح من المذهب وهو قول الشافعى وأبى ثور لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أنه ﷺ قال «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره» متفق عليه ، فاما ان دعت الحاجة الى ذلك جاز للخبر وهو من المفردات

[فائدة] لو كان له حق ماء يجرى على سطح جاره لم يجز له تعلية سطحه ليمنع الماء ، ولو ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله اعادة خشبه ان حصل له ضرر بتركه ولم يخش على الحائط من وضعه عليه ، وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته

عليه [1] ، وعنه لا يجبر لكن ليس له منعه من بنائه ، فان بناه بآلته فهو بينهما ، وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به ، فان طلب ذلك خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه وبين أخذ آلته ، وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج الى عمارة فني إجبار الممتنع روايتان ، وليس لاحدهما منع صاحبه من عمارته ، فاذا عمره فالماء بينهما على الشركة

كتاب الحجر [2]

وهو ضربان : حجر لحق الغير [3] فذكر منه ههنا الحجر على المفلس ،

---

(١) قوله « وإن كان بينهما حائط الخ » المذهب يجبر لأن فى ترك بنائه اضرارا فيجبر عليه ، وعنه لا يجبر اختاره المصنف والشارح وهو مذهب أبي حنيفة ، وإذا قلنا يجبر وامتنع أجبره الحاكم على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه ، فان لم يكن له عين مال باع من عروضه ، فان تعذر اقترض عليه

[فائدة] يجبر الشريك على العمارة مع شريكه فى الأملاك المشتركة على الصحيح من المذهب والروايتين ، ولو أراد بناء حائط بين ملكيهما لم يجبر الممتنع منهما ، وقال فى الفائق ولم يفرق بعض الأصحاب اختاره شيخنا يعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

[فائدة] لو اتفقا على بناء حائط أو بستان فبنى أحدهما فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر يضمنه الذى أهمل قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

على قوله « أجبر عليه » ه لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار »

على قوله « فنى إجبار الممتنع روايتان » ه أشهرهما الإجبار على بناء الحائط المنهدم

(٢) حجر المفلس عبارة عن منع الحاكم من عليه دين حال يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجر من التصرف فيه

(٣) قوله « حجر لحق الغير » أى كالحجر على المفلس والمريض بما زاد على =

ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله ، ولم يحجر عليه من أجله[١]. فان أراد سفرا يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل[٢]، وان كان لايحل قبله فني منعه روايتان[٣]. وان كان حالا وله مال يفي بدينه لم يحجر عليه ويأمره الحاكم بوفائه ، فان أبى حبسه ، فان أصر باع ماله وقضى دينه ، وان ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفـــاد ماله

═ الثلث والعبد والمكاتب (*) ، إذا كان الثمن فى البلد على ماتقدم فى آخر فصل خيار التولية والراهن والزوجة بما زاد على الثلث فى التبرع . والحجر لحظ نفسه كالحجر على الصغير والمجنون والسفيه . فهذه عشرة أسباب للحجر فن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو المذكور ههنا

(١) قوله « ومن لزمه دين مؤجل الخ » أى لأنه لايستحق المطالبة به ، فان كان بعض دينه مؤجلا وبعضه حالا وكان ماله يفى بالحال لم يحجر عليه أيضا ، قال بعض أصحاب الشافعى إن ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله حجر عليه فى أحد الوجهين

(٢) قوله « فان أراد سفرا الخ » هذا بلا نزاع لأن فى تأخيره ضررا ، فان أقام ضمينا مليئا أو دفع رهنا يفى بالدين فله السفر لزوال الضرر

(٣) قوله « فان كان الخ » ظاهر كلام المصنف أن الروايتين فى السفر سواء كان مخوفا أو غير مخوف ، ولعله الصواب . ومحلهما عند صاحب الفروع إذا كان السفر مخوفا كالجهاد ، وقال الشافعى ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلا بحال

[فائدة] اختار الشيخ تقى الدين أن من أراد سفرا وهو عاجز عن وفاء دينه أن لغريمه منعه حتى يقيم كفيلا ببدنه . قلت من قواعد المذهب أن العاجز عن وفاء دينه إذا كان له حرفة يلزم بايجار نفسه لقضاء الدين فلا يبعد أن يمنع ليعمل ، ولو مطل غريمه حتى أحوجه الى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل جزم به فى الفروع وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله

(*) كذا بالأصل . وصوابه « والمشترى »

وإعساره [١] ، وهل يحلف معها ؟ على وجهين . فان لم يكن كذلك حلف وخلى سبيله . وان كان له مال لا يفى بدينه فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم ، ويستحب إظهاره والاشهاد عليه

فصـــل

ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام [٢] : (أحدها) تعلق حق الغرماء بماله فلا يقبل إقراره عليه ولا يصح تصرفه فيـــه ، إلا العتق على إحدى الروايتين ، وان تصرف فى ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح وتتبع

---

(١) قوله « وان ادعى الإعسار الخ » وجملته أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده فان كان فى يده مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء . وان لم يظهر له مال فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب إنظاره لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة) الآية ، ولقوله عليه الصلاة والسلام لغرماء الذى كثر دينه « خذوا ما وجدتم ثم ليس لكم الا ذالك » فان كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالبيع والقرض أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه ، فاذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره ، وظاهر كلامهم أنه متى توجه حبسه حبس ولو كان أجيرا فى مدة الإجارة أو امرأة مزوجة

على قوله « وان لم يكن كذلك » « أى لم يكن دينه عن عوض كأرش جناية او قيمة متلف أو مهر أو عوض خلع أو ضمان ولم يقر بالملاءة ولم يعرف له مال سابق

على قوله « وإن كان له مال لا يفى بدينه » « أى الحال ولا كسب له ولا ما ينفق منه غيره ولو خيف تصرفه فيه

(٢) قوله « ويتعلق بالحجر عليه الخ » اعلم أنه إذا كان عليه دين أكثر من ماله وتصرف فلا يخلو إما أن يكون تصرفه قبـــل الحجر أو بعده ، فان كان قبل الحجر صح تصرفه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب ولو استغرق جميع ماله ، وقيل لا ينفذ تصرفه ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وحكاه رواية واختاره . وسأله جعفر يتصدق بشئ من عليه دين قال الشئ اليسير =

به بعد فك الحجر عنه[١] ، وان جنى شارك المجنى عليه الغرماء ، وان جنى عبده قدم المجنى عليه بثمنه

(الثانى) أن من وجد عنده عيناً باعها اياه فهو أحق بها [٢] بشرط أن يكون المفلس حيا [٣] ولم ينقد من ثمنها شيئاً [٤] والسلعة بحالها لم يتلف

= وقضاء دينه أوجب عليه ، قال فى الانصاف وهذا القول هو الصواب ، وإن تصرف بعد الحجر عليه فلا يخلو إما أن يتصرف بالعتق أو بغيره فان تصرف بالعتق ففيه روايتان إحداهما لا ينفذ وهى المذهب وصححها فى المغنى والشرح لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء

(١) قوله « وإن تصرف فى ذمته الخ » هذا المذهب لأنه أهـل للتصرف فالحجر متعلق بماله لا بذمته

(٢) قوله « الثانى أن من وجد الخ » روى عن على وعمار وأبى هريرة رضى الله عنهم وبه قال مالك والشافعى لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « من أدرك متاعه عند انسان أفلس فهو أحق به » متفق عليه وهو على التراخى كالرجوع فى الهبة ، وقيل على الفور نصره القاضى كخيار الشفعة ، وهما مبنيان على الروايتين فى الرد بالعيب ، فلو بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لم يلزمه قبوله نص عليه ، فان دفعوا الثمن الى المفلس فبذله للبائع لم يكن له الفسخ ، وظاهره اختصاص هذا الحكم بالبيع وليس كذلك فلو اقترض مالا ثم أفلس وعين المال قائمة فله الرجوع ، أو أصدق امرأة عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها إن طلقها قبل الدخول فاستحق الرجوع فى نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها ، وظاهره أنه لا رجوع لورثة البائع لظاهر الخبر ، والأصح يثبت لهم

(٣) قوله « بشرط الخ » لما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبى ﷺ قال « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به ، وإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه مالك وأبو داود مرسلا ورواه مسندا من حديث اسماعيل ابن عياش ، فعلى هذا البائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه

(٤) قوله « ولم ينقد الخ » أى ولا أبرئ من بعضه فان كان فهو أسوة الغرماء

بعضها [1] ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق [2] ولم يتعلق بها حق من شفعة [3] أو جناية [4] أو رهن [5] ونحوه ولم تزد زيادة

---

(١) قوله « والسلعة الخ » للخبر . فلو ذهب بعض أطراف العبد أو عينه أو بعض الثوب أو انهد بعض الدار أو تلفت الثمرة فيما إذا اشترى ثمرا مثمرا فهو أسوة الغرماء ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه لأنه فات شرط الرجوع ، وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف أو غيره ان كان عينا واحدة ، فان كان المبيع عينين كعبدين وثوبين ونحوهما فتلف أحدهما أو نقص ونحوه رجع فى العين الأخرى بحصتها على الصحيح من المذهب ، وعنه له أسوة الغرماء

(٢) قوله « ولم تتغير صفتها الخ » وكجعل الزيت صابونا والخشبة بابا لانه لم يجد متاعــــه بعينه ، ولو وطىء البكر امتنع الرجوع على الصحيح من المذهب . ووطء غيره كهو ، وقيل لا يمنع اختاره القاضى ، وعلى المذهب لو وطىء الثيب كان له الرجوع على الصحيح من المذهب ، ولا يمنع الأخـذ تزويج الأمـة فاذا أخذها البائع بطل النـكاح فى الاقيس قاله فى الرعاية الـكبرى ، قال فى الانصاف والصواب عدم البطلان ، ولو خرجت السلعة عن ملـكه قبل الحجر ورجعت بعد الحجر فقيل له الرجوع قال فى الانصاف وهو الصحيح من المذهب

(٣) قوله « ولم يتعلق بها الخ » هـذا الصحيح من المذهب لأن حقه أسبق لـكونه ثبت بالبيع والبائع حقه ثبت بالحجر وما كان أسبق فهو أولى ، وقال ابن حامد : للبائع أخذه لعموم الخبر . وفى ثالث إن طالب بها فهو أحق لتأكد حقه بالمطالبة وإلا فلا

(٤) قوله « أو جناية » فان كان المبيع عبدا فجنى ثم أفلس المشترى فالمذهب أن البائع أسوة الغرماء لان الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقــــدم عليه ، والثانى لا يمنع

(٥) قوله « أو رهن » بغير خلاف نعلمه للخبر فان كان دين الرهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضى منه دينه وباقيه يرد على مال المفلس ، فان بيع بعضه فباقيه يشترك فيه الغرماء

متصلة كالسمن وتعلم صنعة ، وعنه أن الزيادة لا تمنع الرجوع(١)، فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع ، والزيادة للمفلس، وعنه للبائع . وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس(٢) وإن غرس الأرض وبنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه الا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص ، وان أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع

(الحكم الثالث) بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه ، وينبغى أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شئ فى سوقه ويترك له من ماله ماتدعو اليه حاجته من مسكن وخادم وينفق عليه بالمعروف الى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه(٣)،

على قوله « كالسمن وتعلم صنعة » * قال فى الانصاف وهو الصحيح من المذهب

(١) قوله « وعنه أن الزيادة الخ » وهو المنصوص عن أحمد وهو المذهب قاله فى المبدع لعموم الخبر

على قوله « فاما الزيادة المنفصلة » * كالولد والثمرة

على قوله « فلا يمنع الرجوع » * بغير خلاف بين أصحابنا

على قوله « وعنه للبائع » * وهى المذهب

(٢) قوله « والزيادة للمفلس » صححه فى المغنى والشرح لانها زيادة حصلت فى ملكه يؤيده الخراج بالضمان ورجوع البائع فسخ للبيع لايحتاج الى معرفة المبيع ولا الى القدرة على تسليمه ، فلو رجع فيمن أبق صح وصار له فان قدر أخذه وإن تلف فمن ماله وان بان تلفه حين استقر حقه بطل استرجاعه ، فان رجع فى مبيع اشتبه بغيره قدم تعيين المفلس لا نكاره دعوى استحقاق البائع ، وان ملت بائع مدينا فمشتر أحق بطعام وغيره ولو قبل قبضه نص عليه

(٣) قوله « وينفق عليه الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام « إبدأ بنفسك ثم بمن تعول » ولأن ملكه باق عليه قبل القسمة ، وذكر فى المغنى والشرح أنه ينفق عليه من ماله إن لم يكن له كسب ، ولم يتعرض المؤلف لنفقة عياله وكسوتهم ، ولا خلاف فى وجوب نفقه زوجته وتكون دينا عليه وكسوتها وكذا أولاده =

ويبدأ ببيع ما يسرع اليه الفساد ثم بالحيوان ثم بالاثاث ثم بالعقار ، ويعطى المنادى أجرته من المال ، ويبدأ بالمجنى عليه فيدفع اليه الأقل من الأرش أو ثمن الجانى[١] ثم بمن له رهن [٢] فيخص بثمنه ، وان فضل له فضل ضرب به مع الغرماء ، وان فضل منه فضل رد على المال. ثم بمن له عين مال يأخذها، ثم يقسم الباقى بين باقى الغرماء على قدر ديونهم ، فان كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل [٣] . وعنه أنه يحل فيشاركهم . ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحل اذا وثق الورثة [٤] ، وعنه أنه يحل ، وان ظهر غريم بعد قسم ماله رجع على

= وأقاربه ، والواجب فيهما أدنى ما ينفق على مثله ويكسى ويترك له آلة حرفة أو مايتجر به ان عدمها نص عليه

(١) قوله « فيدفع اليه الأقل الخ » أى لأن الأقل إن كان الأرش فهو لا يستحق إلا أرش الجناية ، وان كان ثمن الجانى فهو لا يستحق غيره لان حقه متعلق بعينه

(٢) قوله « ثم بمن له رهن » المذهب أنه مقيد باللزوم فيختص بثمنه سواء كان بقدر دينه أولا ويختص المرتهن بثمنه بشرطه وسواء كان المفلس حيا أو ميتا

[فائدة] لم يذكر المؤلف حكم مستأجر العين حيث أفلس المؤجر وهو أحق بها لأن حقه متعلق بالعين والمنفعة وهى مملوكة له فى هذه المدة بخلاف ما لو استأجرها فى الذمة فانه أسوة الغرماء لعدم تعلق حقه بالعين

(٣) قوله « فان كان فيهم الخ » هذا المذهب لأن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، وعنه يحل دفعا للضرر عن ربه ، ولأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت وبه قال مالك

(٤) قوله « ومن مات الخ » هذا المذهب إذا وثق الورثة بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين بكفيل ملىء أو رهن ، لأن الأجل حق للميت فورث عنه كسائر حقوقه ، وعنه يحل وبه قال النخعى والشعبى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى

الغرماء بقسطه[١]، وإن بقي على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها ؟ على روايتين [٢]. ولا ينفك عنه الحجر الا بحكم حاكم[٣]، فاذا فك عنه الحجر فلزمته ديون وحجر عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثانى . وان كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا

(الحكم الرابع) انقطاع المطالبة عنه ، فمن أقرضه شيئاً أو باعه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه [٤]

فصـــل

(الضرب الثانى) المحجور عليه لحظه وهو الصبي والمجنون والسفيه ، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن [٥]، ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً ، وان تلف فهو من ضمان مالـكه علم بالحجر أو لم يعلم [٦] .

---

(١) قوله « وان ظهر غريم الخ » هذا المذهب لانه لو كان حاضرا شاركهم

(٢) قوله « وان بقيت على المفلس الخ » الصحيح من المذهب أنه يجبر وهو من المفردات ، والثانية لا لقوله تعالى ﴿ وان كان ذو عسرة ﴾ الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام « خذوا ما وجدتم ثم ليس لـكم إلا ذلك » رواه مسلم

(٣) قوله « ولا ينفك الحجر الخ » هذا المذهب أى لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا به وقيل يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لأجله فاذا زال ملكه عنه زال الحجر

(٤) قوله « فمن أقرضه الخ » هذا المذهب لأنه هو الذى أتلف ماله بمعاملة من لاشئ له . لـكن اذا وجد المقرض والبائع أعيان مالهما فهل لهما الرجوع فيهما ؟ على وجهين أحدهما له ذلك للخبر والثانى لافسخ لانهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة

(٥) قوله « فلا يصح تصرفهم قبل الإذن » هذا المذهب لان تصحيح تصرفهم يفضى إلى ضياع أموالهم ، وظاهره أن هبة الصبي لاتصح ولو كان مميزا وهو صحيح وهو المذهب

(٦) قوله « ومن دفع اليهم ماله الخ » هذا المذهب لتفريطه ، وقيل يضمن ==

وان جنوا فعليهم أرش الجناية (١) . ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع اليهما مالهما (٢) ، ولا ينفك قبل ذلك بحال . والبلوغ يحصل بالاحتلام أو بلوغ خمس عشرة سنة أو نبات الشعر الخشن حول القبل (٣) ، وتزيد الجـــارية بالحمل

═ المجنون ، وقيل يضمن السفيه إذا جهل أنه محجور عليه ، واختار فى الرعاية الصغرى الضمان مطلقا أى فى السفيه ، واختاره ابن عقيل ، قال فى الانصاف وهو الصواب كتصرف العبد بغير اذن سيده ، ومحل هذا إذا كان صاحب المال قد سلطه عليه كالبيع والقرض ونحوهما كما قال المصنف ، فأما إن حصل فى أيديهم باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية ونحوهما فاتلفوه فقيل يضمنون وقيل لا ، ويأتى فى كلام المصنف فى باب الوديعة محررا باتم من هذا ان شاء الله تعالى

(١) قوله « فان جنوا الخ » بلا نزاع لانه لاتفريط من المالك ، والاتلاف يستوى فيه الأهل وغيره ، ويضمنون أيضاً اذا أتلفوا شيئا لم يدفع اليهم كالمغصوب

(٢) قوله « ومتى عقل المجنون الخ » هذا المذهب ، وأما المجنون فبالاتفاق قاله فى المغنى والشرح وفيه وجه ، وأما الصبي فلان اشتراط ذلك زيادة على النص فى قوله تعالى ﴿ فان آنستم منهم رشدا ﴾ ، ولانه محجور عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه وسواء رشده الولى أو لا . قال الشيخ تقى الدين : فلو نوزع فى الرشد فشهد شاهدان قبل ،ومع عدمها له اليمين على وليه أنه لايعلم رشده ، ولو تبرع وهو تحت الحجر فقامت بينة برشده نفذ

[فائدة] إذا كان لرجل مال وهو مقتر على نفسه ويضيق على عياله ويمنعهم من تناول الأشياء التى يتناولها أدنى الناس فيحجر الحاكم عليه بمعنى أنه ينصب له وليا ينفق عليه وعلى عياله بالمعروف وفيه احتمال

(٣) قوله « يحصل بالاحتلام الخ » هذا المذهب أما أولا فلقوله تعالى ﴿ واذا بلغ الاطفال ﴾ الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام « وعن الصبي حتى يحتلم » ، وأما ثانيا فلما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى » متفق عليه ، ولمسلم « فاستصغرنى وردنى مع الغلمان » فان قلت بين أحد ═

والحيض (١) . والرشد الصلاح فى المـــال (٢) ، ولا يدفع اليه ماله حتى يختبر (٣) ، فان كان من أولاد التجار فبأن يتكـــرر منه البيع والشراء فلا يغبن ، وان كان من أولاد الرؤساء والكتاب فبأن يستوفى على وكيله فيما وكله فيه . والجارية بشراها القطن واستجادته ودفعها الأجرة الى الغزالات والاستيفاء عليهن . وأن يحفظ مافى يده عن صرفه فيما لافائدة له فيه كالقمار والغناء وشراء المحرمات ونحوه (٤) .وعنه لايدفع الى الجارية مالها بعد رشدها

= والخندق سنتان وجوابه أن عرضه يوم أحد . كان فى أول سنة أربع عشرة وعند الخندق عند استكمال خمس عشرة لايقال إجازته يوم الخندق لقوته لا لبلوغه فان فى رواية البيهقى باسناد حسن « ولم يرنى بلغت » وهى رافعة للسؤال ، والمراد استكمال خمس عشرة ، وأما ثالثا فلقصة سعد بن معاذ وفيه « وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت فهو من الذرية . فبلغ ذلك النبى ﷺ فاقره » الحديث متفق عليه

(١) قوله « وتزيد الجارية الخ » بغير خلاف نعلمه

على قوله « والحمل » أى لانه دليل إنزالها

(٢) قوله « والرشد الخ » أى لا غير وهو المذهب ، وهو قول أكثر العلماء لقوله تعالى ﴿ فان آنستم منهم رشدا ﴾ الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما صلاحا فى أموالهم وقيل والدين اختاره ابن عقيل واستدل ابن عقيل بالآية لانها نكرة فى سياق الإثبات فتعم

(٣) قوله « ولا يدفع اليه الخ » لقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أى اختبروهم ، وإيناس الرشد يوجب اختباره بتفويض التصرف اليه

(٤) قوله « وأن يحفظ مافى يده الخ » أى يشترط مع ماذكر أى لأن من صرف ماله فى ذلك عد سفيها مبذرا عرفا فكذا شرعا ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أو أخرجه فى مباح قدرا زائدا على المصلحة قال فى الانصاف وهو الصواب

حتى تتزوج أو تلد أو تقيم فى بيت الزوج سنة (١) ، ووقت الاختبار قبل البلوغ (٢) ، وعنه بعده

فصـــل

ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون الا للاب (٣) ثم لوصيه ثم للحاكم ،

---

(١) قوله « وعنه لايدفع الى الجارية الخ » روى عن عمر وبه قال شريح والشعبي وإسحق لما روى شريح قال « عهد الى عمر أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول فى بيت زوجها حولا أو تلد » رواه سعيد فى سننه والاول أشهر وأصح وهو أنها اذا بلغت ورشدت دفع اليها مالها ، وكالرجل ، وحديث عمر رضى الله عنه لم يعلم انتشاره فى الصحابة فلا يترك به عموم الكتاب مع أنه خاص فى العطية فلم يمنع فى تسليم مالها ، وقال مالك : لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للأب تزويجها بغير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

(٢) قوله « ووقت الاختبار الخ » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ فظاهرها أن ابتلاءهم قبل البلوغ لأنه سماهم يتامى ، وانما يكون ذلك قبل البلوغ ، وقيل بمنعه فى الجارية ، ولا يختبر الا المميز والمراهق الذى يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة ، وبيع الاختبار وشراؤه صحيح

(٣) قوله « إلا للاب » هذا المذهب بشرط أن يكون رشيدا لأنها ولاية فقدم الأب كولاية النكاح ، وظاهره ولو كافرا على ولده الكافر ، ويكفى العدالة ظاهرا لأن تفويضها الى الفاسد تضييع للمال وقيل ومستور ، وظاهر قوله « ثم لوصيه ثم الحاكم » أن الجد والام وسائر العصبات ليس لهم ولاية ، وهو المذهب الذى عليه أكثر الاصحاب وهو ظاهر ما جزم به فى المغنى والشرح ، وعنه للجد ولاية وهو مذهب أبي حنيفة والشافعى قال فى الفائق وهو المختار فعليها يقدم على الحاكم بلا نزاع ويقدم على الوصى على الصحيح قال فى الإنصاف : هو الصواب . وذكر القاضى أن للام ولاية وقيل لسائر العصبة أيضا ولاية بشرط العدالة اختاره الشيخ تقى الدين ذكره عنه فى الفائق ثم قال : قلت ويشهد له حجر الابن على أبيه عند خوفه انتهى قال فى الإنصاف : قلت الذى يظهر أنه حيث قلنا للام والعصبة ولاية أنهم كالجد فى التقديم على الحاكم وعلى الوصى على الصحيح اه . ويشترط فى الحاكم ما يشترط فى =

ولا يجوز لوليهما أن يتصرف فى مالهما إلا على وجه الحظ لهما [١]، فان تبرع أو حابى أو زاد على النفقه عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن. ولا يجوز أن يشترى من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب [٢]، ولوليهما مكاتبة رقيقهما [٣] وعتقه على مال [٤] وتزويج إمائهما [٥] والسفر بمالهما [٦]

= الاب فان لم يكن كذلك أو لم يوجد حاكم فأمين، اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال : الحاكم العاجز كالعدم

(١) قوله « ولا يجوز الخ » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ﴾ والمجنون فى معناه ولقوله عليه الصلاة والسلام « لاضرر ولا ضرار » رواه أحمد.

(٢) قوله « ولا يجوز أن يشترى الخ » هذا المذهب، وبه قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعى والشافعى، وزاد الجد : لأنه عليه الصلاة والسلام نهى الوصى عن ذلك، والحاكم فى معناه. ولأن البيع كالشراء معنى فيساويه حكما

(٣) قوله « ولوليهما الخ » هذا المذهب لأن فيه تحصيلا لمصلحة الدنيا والآخرة، وفى الشرح إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته مائة فيكاتبه على مائتين

(٤) قوله « وعتقه الخ » أى لأنه معاوضة لليتيم فيها حظ، وظاهره مطلقا لكن فى الشرح إذا أعتقه بمال بقدر قيمته أو أقل لم يجز لعدم الحظ، وظاهره لايجوز عتقه مجانا، وعنه بلى لمصلحة بأن يكون له أمة لها ولد يساويان مجتمعين مائة ولو أفردت ساوت مائتين ولا يمكن إفرادها بالبيع تتعين الأخرى لتكثر قيمة الباقية. وله هبة ماله بعوض قاله القاضى

(٥) قوله « وتزويج إمائهما » أى إن كان فيه مصلحة لأن فيـــه إعفافهن وتحصينهن عن الزنا ووجوب نفقتهن على الأزواج، والمراد إذا طلبن ذلك أو رأى المصلحة فيه، وعنه لايجوز، وعنه يجوز لخوف فساده. والعبيد فى ذلك كالاماء خلافا ومذهبا

(٦) قوله « والسفر الخ » إذا أراد الولى السفر بمالها فلا يخلو إما أن يسافر به لتجارة أو غيرها، فان سافر به لتجارة جاز لا أعلم فيه خلافا، لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما مرفوعا « من ولى يتيما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى =

والمضاربة به والربح كله لليتيم [1]، وله دفعه مضاربة بجزء من الربح وبيعه نسأ [2] وقرضه برهن [3] وشراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة أهل بلده به اذا رأى المصلحة فى ذلك كله ، وله شراء الاضحية لليتيم الموسر نص عليه [4] ، وتركه فى المكتب وأداء الاجرة عنه ، ولا يبيع عقارهم الا لضرورة أو غبطة وهو أن يزاد فى ثمنه الثلث فصاعدا ، وان وصى لاحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو لغير ذلك وجب على الولى قبول الوصية والا لم يجز له قبولها [5]

= تأكله الصدقة ، وروى موقوفا على عمر وهو أصح ، ولانه أحظ لكن لايتجر إلا فى المواضع الآمنة ، وان سافر لغير تجارة مثل أن يعرض له سفر جاز على الصحيح من المذهب ، وقال القاضى فى المجرد : ولا يسافر به وجزم به فى الكافى والمغنى والشرح

(١) قوله « والمضاربة الخ » أى إذا اتجر الولى بنفسه لأنه نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ، ولا يعقدها الولى لنفسه للتهمة ، وفيه وجه يستحق الأجرة واختاره الشيخ تقى الدين قاله فى الفائق قال فى الانصاف : هو قوى

(٢) قوله « نسأ » أى إذا كان الحظ فيه

(٣) قوله « وقرضه » أى على الصحيح من المذهب وهو من مفرداته لأنه أجود من إيداعه لما فيه من تعريضه للتلف ، وقوله « برهن » يحتمل أنه شرط فيهما قال فى الشرح أو كفيل ، ويجوز إيداعه مع إمكان قرضه ، وقال فى الرعاية الكبرى وغيره ولا يقترض وصى ولا حاكم ، ويجوز رهن مالها للحاجة عند ثقة ، وللأب أن يرتهن مالها من نفسه ولا يجوز لغيره على المذهب

(٤) قوله « وله شراء الاضحية الخ » هذا المذهب ، وعنه لايجوز ويفعل فى مال اليتيم ما هو أرفق من خلط وإفراد ، وله تعليمه ما ينفعه ومداواته بأجرة لمصلحة ، وحمله ليشهد الجماعة ، وللولى أن يأذن للصغيرة أن تلعب باللعب وشراؤها لها بمالها نص عليهما

(٥) قوله « والا لم يجز قبولها » أى اذا لزمته النفقة حرم على الولى قبولها لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه

فصل

ومن فك عنه الحجر فعاود السفه أعيد الحجر عليه ، ولا ينظر فى ماله إلا الحاكم[١] ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه[٢] وقيل ينفك بمجرد رشده ، ويستحب إظهار الحجر عليه والاشهاد عليه لتجتنب معاملته ، ويصح تزويجه بإذن وليه[٣] ، وقال القاضى : يصح من غير اذنه ، وهل يصح عتقه ؟ على روايتين[٤]. وان أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به[٥].

---

(١) قوله « ولا ينظر الخ » هذا الصحيح من المذهب لأن الحجر عليه يفتقر إلى حكم الحاكم فـكذا النظر فى ماله

(٢) قوله « ولا ينفك الخ » هذا المذهب ، والشيخ الـكبير ينكر عقله يحجر عليه قاله أحمد بمعنى إذا كبر واختل عقله ، ونقل المروذى أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف يضعه فى فساد وشراء المغنيات ونحوه

(٣) قوله « ويصح تزويجه الخ » ظاهره أنه لا يصح بغير إذن وليه ، وله حالتان إحداهما أن يكون محتاجا الى الزواج فيصح تزوجه بغير إذنه على الصحيح من المذهب ، قال فى الفروع يصح فى الأصح وجزم به فى المغنى والشرح وغيرهم ، وقيل لايصح وهو ظاهر كلام المصنف هنا . الحالة الثانية أن لا يـكون محتاجا اليه فلا يصح تزويجه على الصحيح من المذهب ، وقيل يصح واختاره القاضى ، ويصح للولى تزويج السفيه بغير إذنه اذا كان محتاجا على الصحيح من المذهب ، وقيل لا اختاره المصنف والشارح ، قال فى الرعاية الـكبرى : والمنع أقيس ، قال فى الإنصاف هو الصواب ، ويصح خلعه كطلاقه وظهاره ولعانه وإيلائه ، لـكن لايقبض العوض ، فان قبضه لم يصح قبضه على الصحيح من المذهب ، ولا تبرأ المرأة بدفعها اليه وإن أتلفه لم يضمن ، ولو وجب على السفيه كفارة كفر بالصوم على الصحيح من المذهب فيعايا بها

(٤) قوله « وهل يصح الخ » احداهما لا يصح وهو المذهب لأنه لا يصح تبرعه أشبه هبته ووقفه ، وظاهره أنه يصح تدبيره ووصيته على الصحيح من المذهب

(٥) قوله « وان أقر الخ » اذا أقر بحد استوفى منه بلا نزاع ، وان أقر =

وإن أقر بمال لم يلزمه فى حال حجره (١) ، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً ، وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولى الصبي والمجنون

فصل

وللولى أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج اليه ، وهل يلزمه عوض ذلك اذا أيسر ؟ على روايتين (٢) ، وكذلك يخرج فى الناظر فى الوقف (٣) ، ومتى زال الحجر فادعى على الولى تعديا أو مايوجب ضماناً فالقول قول الولى ، وكذلك القول قوله فى دفع المال اليه بعد رشده (٤) ، ويحتمل

= بقصاص وطلب إقامته كان لربه استيفاؤه بلا نزاع ، لكن لو عفى على مال احتمل أن يجب واحتمل أن لا يجب لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الإقرار بالمال ، وقاعدة المذهب سد الذرائع قال فى الإنصاف وهو الصواب

(١) قوله « وإن أقر بمال » أى كالدين أو ما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه

على قوله « ويحتمل أن لا يلزمه » * اختاره المصنف ونصره فى الشرح ، لأن المنع من نفوذ إقراره فى حال الحجر عليه حفظ ماله ودفع الضرر عنه ، ونفوذه بعد فكه لا يفيد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه ، لكن إن علم صحة ما أقر به كدين جناية لزمه . ذكره فى الشرح

(٢) قوله « عوض ذلك الخ » إحداهما لا وهو الصحيح من المذهب ، لأن ذلك جعل عوضا له عن عمله كالأجير ، والثانية بلى وقاله مجاهد وعطاء وسعيد بن جبير لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه عوضه كالمضطر الى طعام غيره ، والخلاف فى غير الأب

(٣) قوله « وكذلك الخ » المنصوص عن أحمد جواز الأكل منه بالمعروف ولم يشترط فقرا ، قال فى الانصاف وإلحاقه بعامل الزكاة فى الأكل مع الغناء ، وقال الشيخ تقى الدين : لا يقدم بمعلومه بلا شرط إلا أن يأخذ أجرة عمله مع فقره

(٤) قوله « وكذلك القول الخ » هذا هو المذهب لأنه أمين أشبه المودع

أن لا يقبل قوله فى دفع المال اليه إلا ببينة [١]، وهل للزوج أن يحجر على امرأته فى التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين [٢]

فصل فى الاذن

يجوز لولى الصبى المميز أن يأذن له فى التجارة فى إحدى الروايتين، ويجوز ذلك لسيد العبد، ولا ينفك عنهما الحجر إلا فيما أذن لهما فيه [٣] وفى النوع الذى أمرا به [٤]، وإن أذن له فى جميع أنواع التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره [٥]، وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على روايتين [٦].

---

(١) قوله « ويحتمل الخ » لقوله تعالى ﴿ فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾ قال فى الإنصاف هو قوى ويقبل قوله فى النفقة وقـــدرها وجوازها ووجود الضرورة والغبطة والمصلحة فى البيع

(٢) قوله « وهل للزوج الخ » أى الرشيد أن يحجر على امرأته أى الرشيدة. إحداهما ليس له منعها وهو المذهب لقوله تعالى ﴿ فان آنستم منهم رشدا ﴾ الآية وهى ظاهرة فى فك الحجر عنهن وإطلاقهن فى التصرف بدليل قوله « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وكن يتصدقن ويقبل منهن ولم يستفصل، والثانية يملك منعها بزيادة نصره القاضى وأصحابه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال « لا يجوز للمرأة عطية من مالها إلا باذن زوجها وهـــو مالك عصمتها » رواه أبو داود

(٣) قوله « فيما أذن لهما فيه » هذا الصحيح من المذهب نص عليه

(٤) قوله « وفى النوع الخ » هذا المذهب

(٥) قوله « وان أذن له الخ » بلا نزاع لانه عقد على نفسه فلا يملكه الا باذن كبيع نفسه وتزويجه ولان ذلك يشغله عن التجارة المقصودة، وفى إيجار عبيده وبهائمه خلاف

(٦) قوله « وهل له الخ » إحداهما لا يجوز جزم به فى الوجيز لأنه يتصرف بالإذن فاختص بما أذن فيه، والثانى بلى لانه ملك التصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك الرشيد

وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً له[١]، وما استدان العبد فهو فى رقبته يفديه سيده أو يسلمه[٢]، وعنه يتعلق بذمته ويتبع به بعد العتق، إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده؟ على روايتين. وإذا باع السيد عبده المأذون له شيئاً لم يصح فى أحد الوجهين[٣]. ويصح فى الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته ويصح إقرار المأذون فى قدر ما أذن له فيه، وإن حجر عليه وفى يده مال ثم أذن له فأقر به صح. ولا يبطل الاذن

---

(١) قوله «وان رآه الخ» أى بلا نزاع كتزويجه وبيع ماله لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يقم السكوت مقامه، لكن قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى الذى ينبغى أن يقال فيما إذا رأى عبده يبيع فلم ينهه وفى جميع المواضع أن لا يكون إذناً ولا يصح التصرف لكن يكون تغريراً فيكون ضامناً بحيث أنه ليس له أن يطالب المشترى بالضمان، فان ترك الواجب عندنا كفعل المحرم كما نقول فيمن قدر على إنجاء إنسان من هلكة، بل الضمان هنا أقوى

(٢) قوله «وما استدان العبد الخ» وحاصله أن لتصرف العبد حالتين: إحداهما أن يكون غير مأذون له. ولتصرفه حالتان: إحداهما أن يتصرف ببيع أو شراء بعين المال، فهذا لا يصح على المذهب كالغاصب، الثانية أن يتصرف فى ذمته وفيه وجهان: أحدهما لا يصح وهو الصحيح من المذهب، والثانى يصح إلحاقاً له بالمفلس، فعلى الأول ما اشتراه أو اقترضه إن وجد فى يده انتزع منه وكذا إن وجد فى يد سيده، وان تلف بيد السيد رجع عليه بذلك، وان شاء كان متعلقاً برقبة العبد. الحالة الثانية أن يكون ماذوناً له فما استدانه ببيع أو قرض فأشهر الروايات وهى الصحيحة من المذهب أنه يتعلق بذمة سيده لأنه غر الناس بمعاملته، ولا فرق فى الذى استدانه بين أن يكون فى الذى أذن فيه أو لا بأن يأذن له فى التجارة فى البر فيتجر فى غيره، ومحل الخلاف ما إذا ثبت ببينة أو إقرار السيد، أما إذا أنكر السيد ولا بينة فانه يتعلق بذمة العبد ان أقر به وإلا فهو هدر. ومحل الخلاف فى الحالتين أيضا انما هو فى الديون أما أروش جناياته وقيم متلفاته فتتعلق برقبته رواية واحدة

(٣) قوله «واذا باع السيد الخ» هذا المذهب لأنه مملوكه فلا يثبت له دين فى ذمته

بالاباق[١] ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب[٢] ، ويجوز هديته للمأكول وإعارة دابته[٣] ، وهـل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف إذا لم يضر به ونحوه ؟ على روايتين . وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟ على روايتين[٤]

باب الوكالة

تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن[٥] وكل قول أو فعل يدل على القبول[٦]، ويصح القبول على الفور والتراخي بأن يوكله فى بيع شيء فيبيعه

---

(١) قوله « ولا يبطل الإذن بالإباق » هذا الصحيح من المذهب ، وقيل يبطل لأنه يزيل ولاية السيد عنه فى التجارة بدليل أنه لايجوز بيعه ولا هبته قال فى الانصاف هو الصواب

(٢) قوله « ولا يصح تبرع الخ » أى بلا نزاع ، وظاهره وإن قل

(٣) قوله « ويجوز هديته الخ » يعنى للعبد وكذا عمل دعـوة ونحوه بلا إسراف هذا المذهب لأنه عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك

(٤) قوله « وهل للمرأة الخ » المذهب يجوز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ « اذا أنفقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها أجر ما كسب وللخازن مثل ذلك ، لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئا » متفق عليه

(٥) قوله « تصح الوكالة الخ » هذا المذهب كقوله وكلتك فى كذا أو فوضته اليك أو أذنت لك فيه أو بعه أو أعتقه أو كاتبه ونحو ذلك. وظاهر كلام المصنف وغيره عدم صحة الوكالة بالفعل الدال عليها من الموكل وهو صحيح ، قال فى الفروع دل كلام القاضى على انعقاد الوكالة بالفعل من الموكل الدال عليها كالبيع ، قال وهو ظاهر كلام الشيخ يعنى به المصنف فيمن دفع ثوبه الى قصار أو خياط ، قال فى الانصاف وهو أظهر

(٦) قوله « وكل قول الخ » هذا المذهب لان وكلاء النبى ﷺ لم ينقل عنهم سوى إمساك أوامره

بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت ، ولا يجوز التوكيل والتوكل فى شيء إلا ممن يصح تصرفه[١]، ويجوز التوكيل فى كل حق آدمى من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة [٢] وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان[٣]، ويجوز أن يوكل من يقبل

[فائدة] : مثل ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة

(الثانية) يشترط لصحة الوكالة تعيين الوكيل

(الثالثة) تصح الوكالة موقتة بلا نزاع ومعلقة بشرط على الصحيح من المذهب نص عليه

(الرابعة) لو أبى أن يقبل الوكالة قولا أو فعلا فهو كعزله نفسه قاله فى الرعاية الكبرى . قال فى الإنصاف : ويحتمل لا

(١) قوله « ولا يجوز التوكيل الخ » هذا المذهب ، لأن من لا يصح تصرفه بنفسه فنائبه أولى ، فلو وكله فى بيع ما سيملكه أو طلاق من يتزوجها لم يصح إذ هو لم يملكه فى الحال ذكره الأزجى ، وقال غيره : ان قال ان تزوجت هذه فقد وكلتك فى طلاقها أو إن اشتريت هذا العبد فقد وكلتك فى عتقه صح ان قلنا يصح تعليقهما على ملكهما والا فلا

(٢) قوله « ويجوز التوكيل الخ » هذا المذهب

(تنبيه) : قوله والعتق والطلاق يجوز التوكيل فيهما بلا نزاع ، لكن لو وكل عبده أو غريمه أو امرأته فى إعتاق عبيده وإبراء غرمائه أو طلاق نسائه لم يملك عتق نفسه ولا إبرامها ولا طلاقها على الصحيح من المذهب

[فائدتان] لو أذن له أن يتصدق بمال لم يجز له أن يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة على الصحيح من المذهب نص عليه ، ويحتمل الجواز إن دلت قرينة على أخذه منه ، ويحتمل الجواز مطلقا ذكرها فى المغنى

(الثانية) يجوز التوكيل فى الإقرار ، والصحيح من المذهب أن الوكالة فيه إقرار به

على قوله « والحشيش ونحوه » « كاحياء الموات ، وهذا الصحيح من المذهب

(٣) قوله « الا الظهار الخ » وكذا الإيلاء والقسامة والشهادة

له النكاح ومن يزوج وليته اذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لنفسه وموليته ويصح فى كل حق لله تعالى تدخله النيابة [١] من العبادات والحدود [٢] فى اثباتها واستيفائها ، ويجوز الاستيفاء فى حضرة الموكل وغيبته ، إلا القصاص وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز فى غيبته ، ولا يجوز للوكيل فيما يتولى مثله بنفسه الا باذن الموكل [٣] ، وعنه يجوز وكذلك الوصى والحاكم [٤] ، ويجوز توكيله فيما يتولى مثله بنفسه أو يعجز

على قوله « ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح » لفعله عليه الصلاة والسلام فانه ربما احتاج الى التزويج من مكان بعيد كما تزوج ﷺ أم حبيبة بأرض الحبشة

(١) قوله « ويصح فى كل حق لله تعالى الخ » كتفرقة صدقة وزكاة ونذر وكفارة وكذا الحج والعمرة ، ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالى من مالك ، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصوم والطهارة من الحدث فلا فانها تتعلق ببدن من هى عليه ، إلا الصوم المنذور يفعل عن الميت وركعتى الطواف تدخل تبعا للحج

(٢) قوله « والحدود » لقوله عليه الصلاة والسلام « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، فاعترفت فأمر بها فرجمت » متفق عليه ، فقد وكله فى الإثبات والاستيفاء جميعا

على قوله « ويجوز الاستيفاء فى حضرة الموكل وغيبته إلا القصاص » الصحيح من المذهب جواز الاستيفاء مع الغيبة

(٣) قوله « ولا يجوز للوكيل الخ » هذا المذهب لأنه لم يأذن له فى التوكيل ولا تضمنه إذنه لكونه يتولى مثله

(٤) قوله « وكذلك الوصى والحاكم » أى حكمهما حكم الوكيل وهو المذهب

[فائدتان] : إحداهما لو وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة

(الثانية) لو وكل فى طلاق زوجته فوطئها بطلت الوكالة على الصحيح من المذهب والروايتين ، وعنه لا تبطل ، فعلى المذهب فى بطلانها بقبلة ونحوها خلاف بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به

عنه لكثرته ، ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده ولا يجوز بغير اذنه ، وان وكله باذنه فى شراء نفسه من سيده فعلى وجهين . والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها ، وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه ، وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة ، ولا تبطل بالسكر والاغماء والتعدى . وهل تبطل بالردة وحرية عبده ؟ على وجهين . وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه ؟ على روايتين(١). واذا وكل اثنين لم يجز لاحدهما

على **قوله** « وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه » * لكن إن حجر على الموكل فان كانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فيها ، وان كانت فى غيرها فلا ، وتبطل فى عتق العبد بكتابته وتدبيره

على **قوله** « ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدى » * أى تعدى الوكيل كلبس الثوب وركوب الدابة ، لكن يضمن النقص ، وقيل تبطل

على **قوله** « على وجهين » * المذهب لا تبطل

(١) **قوله** « وهل ينعزل الوكيل الخ » إحداهما ينعزل وهو المذهب ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى هذا أشهر ، والثانية لا ينعزل قال فى الانصاف وهو الصواب ، وقيل ينعزل بالموت لا بالعزل ذكره الشيخ تقى الدين

[فوائد] ينبغى على الخلاف تضمينه وعدمه ، فان قلنا ينعزل ضمن وإلا فلا ، وقال الشيخ تقى الدين : لا يضمن مطلقا قال فى الانصاف وهو الصواب لأنه لم يفرط

ومنها لو قال شخص لآخر اشتر كذا بيننا ، فقال نعم ، ثم قال لآخر نعم فقد عزل نفسه من وكالة الأول ويكون ذلك له وللثانى

ومنها عقود المشاركات كالشركة والمضاربة الصحيح من المذهب أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة ، واذا عزل الوكيل كان مافى يده أمانة ، وكذلك عقود الامانات كلها كالوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت ، أو انفسخت الهبة إذا رجع فيها الاب وهو المذهب

[فائدة] حقوق العقد متعلقة بالموكل وهذا المذهب لانه لا يعتق قريب وكيل عليه وينتقل الملك الى الموكل ويطالب بالثمن ويرد بالعيب ويضمن العهدة وغير =

الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه ، ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع لنفسه[١]، وعنه يجوز اذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء[٢] أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين . وهل يجوز أن يبيعه لولده أو والده أو مكاتبه ؟ على وجهين[٣]، ولا يجوز أن يبيع نسأ[٤] ولا بغير نقد البلد، ويحتمل أن يجوز

= ذلك ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فيمن وكل فى بيع أو استئجار فان لم يسم موكله فى العقد فضامن وإلا فروايتان ، وقال :ظاهر المذهب يضمنه . قال : ومثله الوكيل فى الاقتراض

على قوله « إلا أن يجعل ذلك اليه » . وهو المذهب

(١) قوله « ولا يجوز للوكيل الخ » هذا المذهب وعليه الجمهور ، لأن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه ، ولأنه تلحقه تهمة . وكذا شراؤه من نفسه ، لكن لو أذن له جاز ، ويتولى طرفيه فى الأصح فيما إذا انتفت التهمة

(٢) قوله « وعنه الخ » أى لان ذلك يحصل غرض الموكل من الثمن أشبه ما لو باعه لأجنبى

[فائدة] وكذا الحكم فى الحاكم وأمينه والوصى وناظر الوقف . والمضارب كالوكيل

[فائدة] وكذا الحكم لو وكل فى بيع عبد أو غيره ووكله آخر فى شرائه من نفسه فى قياس المذهب

(٣) قوله « وهل يجوز الخ » أحدهما لا يجوز وهو المذهب لأنه متهم فى حقهم ويميل فى ترك الاستقصاء عليهم ، والثانى يجوز لأنهم غيره وقد امتثل أمر الموكل قال فى الإنصاف والصواب أن الخلاف هنا مبنى على عدم الصحة فى المسألة التى قبلها

[تنبيه] مفهوم كلامه جواز بيعه لاخوته وسائر أقاربه وهو صحيح وهو المذهب ، قال فى الانصاف : حيث حصل تهمة فى ذلك لم يصح

(٤) قوله « ولا يجوز أن يبيع الخ » وكذا لا يجوز أن يبيع بغير غالب نقد البلد إن كان فيه نقود ، ومراده إذا أطلق الوكالة وهذا المذهب لأن عقد الوكالة لم يقتضه وإذا أطلق الوكالة لم يجز أن يبيع بمنفقة(*) ولا بعرض على الصحيح من =

(*) كذا بالأصل وفى الانصاف « بمنفعة » ولعله الصواب

كالمضارب ، وان باع بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له صح وضمن النقص ، ويحتمل أن لا يصح ، وان باع بأكثر منه صح سواء أكانت الزيادة من جنس الثمن الذى أمر به أو لم تكن[١] ، وان قال بعه بدرهم فباعه بدينار صح فى أحد الوجهين . وان قال بعه بألف نسأ فباعه بألف حالة صح إن كان لا يستضر بحفظ الثمن فى الحال ، وان وكله فى الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له [٢] أو وكله فى بيع شىء فباع نصفه بدون ثمن الكل لم يصح [٣] ، وان اشتراه بما قدره له مؤجلا أو قال اشتر لى شاة

= المذهب ، وفى العرض احتمال بالصحة وهو رواية فى الموجز

(١) قوله « وان باع الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب وهو من المفردات ، وفى قدره وجهان : أحدهما ما بين ثمن المثل وما باعه ، والثانى ما يتغابن الناس به ومالا يتغابنون ، لأن مالا يتغابن الناس به عادة كدرهم فى عشرة فانه يصح بيعه به ولا ضمان عليه لأنه لا يمكن التحرز منه ، فلو باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد على الأشهر لان الزيادة منهى عنها

[فائدة] الوصى وناظر الوقف كالوكيل فيما إذا باع بدون ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه ذكره الشيخ تقى الدين ، وتضمينه مع اجتهاده وعدم تفريطه مشكل فان قواعد المذهب تشهد له بروايتين بما إذا رمى إلى صف الكفار يظنه كافرا فبان مسلما ففى ضمانه روايتان

على قوله « ان كان لا يستضر بحفظ الثمن فى الحال » وهو أحد الوجهين ، والوجه الثانى يصح مطلقا مالم ينهه وهو المذهب

(٢) قوله « وان وكله فى الشراء الخ » أى لم يصح إذا كان بما لا يتغابن الناس بمثله ذكره فى الشرح وهو أحد الوجهين ، والوجه الثانى يصح وهو المذهب نص عليه ويضمن الزيادة هو ومضارب

(٣) قوله « أو وكله فى بيع الخ » أى لأنه بيع غير مأذون فيه ولما فيه من الضرر أشبه ما لو وكله فى شراء شئ فاشترى بعضه ، ومحله ما إذا باعه بدون ثمن المثل فلو باعه بثمن جميعه صح ذكره فى المغنى والشرح ، وعلى الأول ما لم يبع =

بدينار فاشترى شاتين تساوى إحداهما دينارا أو اشترى شاة تساوى دينارا بأقل منه صح (١) والا لم يصح ، وليس له شراء معيب ، فان وجد بما اشترى عيبا فله الرد(٢)، فان قال البائع موكلك قد رضى بالعيب فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك ، فان رده فصدق الموكل البائع فى الرضى بالعيب فهل يصح الرد ؟ على وجهين(٣).وان وكله فى شراء معين فاشتراه ووجده معيبا فهل له رده قبل اعلام الموكل ؟ على وجهين(٤) . وان قال اشتر لى بعين هذا

= الباقى أو يكن عبيدا أو صبرة ونحوها فيصح مفرقا ما لم يأمره ببيعه صفقة واحدة

على قوله « وان اشتراه بما قدره له مؤجلا » صح وهو المذهب لأنه زاده خيرا ، وقيل لا يصح إن حصل ضرر وجزم به فى الوجيز قال فى الإنصاف وهو الصواب

(١) قوله « أو قال اشتر لى شاة الخ » لما روى أحمد عن سفيان عن شبيب هو ابن غرقدة سمع الحى يخبرون عن عروة بن الجعد أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشترى له به أضحية ـ وقال مرة أو شاة ـ فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار وأتاه بالأخرى فدعا له بالبركة فكان لو اشترى التراب لربح فيه . ورواه البخارى فى ضمن حديث متصل لعروة حدثنا على بن عبد الله حدثنا سفيان

على قوله « والا لم يصح » أى إذا كانت كل منهما تساوى أقل من دينار ، لأنه لم يحصل له المقصود فلم يقع البيع له لكونه غير مأذون فيه

(٢) قوله « وليس له شراء معيب » أى لا يجوز له لأن الإطلاق يقتضى السلامة ولذلك جاز له الرد به ، ومحله مالم يعينه له موكله فان فعل عالما بعيبه لزمه إن لم يرضه موكله فان اشتراه بعين المال لم يصح على المذهب

(٣) قوله « فان رده الخ » أشهرهما لا يصح الرد وهو باق للموكل لان رضا الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ومنع له ، فعلى هذا للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه ، والثانى يصح بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بعزله فيكون الرد صادف ولاية

(٤) قوله « وان وكله فى شراء معين الخ » أحدهما له ذلك لأن الأمر يقتضى السلامة أشبه مالو وكله فى شراء موصوف ، والثانى وهو الأشهر لا لأن الموكل =

الثمن فاشترى له فى ذمته لم يلزم الموكل[١] ، وان قال اشتر لى فى ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح[٢] . وان أمره ببيعه فى سوق بثمن فباعه به فى آخر صح ، وان قال بعه لزيد فباعه من غيره لم يصح ، وان وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه صح إلا بقرينة[٣] ، فان تعذر قبضه لم يلزم الوكيل

= قطع نظره بالتعيين فربما رضيه بجميع صفاته ، وعلى الأول حكمه حكم غير المعين ، وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ فيه وجهان ، والمقدم له شراؤه

على قوله « على وجهين » « الصحيح يصح

(١) قوله « وان قال اشتر لى الخ » أى لأن الثمن إذا تعين انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه ثمن فى ذمته وهذا غرض صحيح للوكل وظاهره ولو نقد المعين ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكل ؟ فيه الروايتان

(٢) قوله « وان قال الخ » أى ولزم الموكل ذكره الأصحاب لأنه أذن له فى عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا فى عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها ، وقيل إن رضى به وإلا بطل ، وقيل لا يصح لأنه قد يكون له غرض فى الشراء فى الذمة اشبهة فيها

على قوله « لم يصح » « بغير خلاف نعلمه

(٣) قوله « ولم يملك قبض ثمنه الخ » أى لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن قال فى الإنصاف وهو الصواب وهذا أحد الوجوه ، والوجه الثانى لا يملك قبض ثمنه مطلقا وهو المذهب كالحاكم وأمينه ، والوجه الثالث يملكه مطلقا فعلى المذهب إن تعذر قبض الثمن من المشترى لم يلزم الوكيل شىء كما لو ظهر المبيع مستحقا أو معيبا ، وعلى الثالث ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره وإن سلمه قبل قبضه ضمنه ، وعلى الأول إن دلت قرينة على قبضه ولم يقبضه ضمنه وإلا فلا

[فائدة] وكذا الحكم لو وكله فى شراء سلعة هل يقبضها أم لا ، أم يقبضها إن دلت قرينة عليه ؟ وان أخر تسليم ثمنه بلا عذر ضمنه على الصحيح من المذهب نص عليه ، وقيل لا يضمن

على قوله « أو كل قليل وكثير لم يصح » « على الصحيح من المذهب لأنه يدخل =

شيء ،وإن وكله فى بيع فاسد أو كل قليل وكثير لم يصح[١]، وان وكله فى بيع ماله كله صح ، وان قال اشتر ماشئت أو عبدا بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن[٢]، وعنه مايدل على أنه يصح[٣]،وان وكله فى الخصومة لم يكن وكيلا فى القبض[٤]،وان وكله فى القبض كان وكيلا فى الخصومة فى أحد الوجهين[٥]، وان وكله فى قبض الحق من إنسان لم يكن له قبضه من وارثه ،

= فيه كل شئ من طلاق وعتاق ووصية

(١) قوله « وان وكله فى بيع فاسد الخ » إذا وكله فى بيع فاسد فباع بيعا صحيحا لم يصح ، قطع به الأصحاب

(٢) قوله « وان قال اشتر لى الخ » هذا المذهب لان ما يمكن شراؤه والشراء به يكثر فيكثر فيه الغرر

(٣) قوله « وعنه ما يدل الخ » فانه روى عنه فيمن قال ما اشتريت من شئ فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه ، وهذا توكيل فى شراء كل شيء لانه إذن فى التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن فى التجارة ، وكما لو قال بع من مالى ماشئت ، وهذا ظاهر ما اختاره فى المغنى والشرح

(٤) قوله « وان وكله فى الخصومة الخ » أى ولا الإقرار عليه ، وهـذا الصحيح من المذهب لأن الاذن لم يتناوله نطقا ولا عرفا لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض إذ معنى الوكالة فى الخصومة الوكالة فى إثبات الحق ، وذكر ابن البنا فى تعليقه أنه يكون وكيلا فى القبض لأنه مامور بقطع الخصومة ولا تنقطع إلا به ، قال فى الانصاف : الذى ينبغى أن يكون وكيلا فى القبض إن دلت عليه قرينة كما اختاره المصنف وجماعة فيما إذا وكله فى بيع شئ أنه لا يملك قبضه إلا بقرينة

على قوله « فى أحد الوجهين » ، وهو المذهب لانه لا يتوصل اليه إلا بالثبت

(٥) قوله « وان وكله الخ » أى لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف ، ومقتضاه أن له قبضه من وكيله وهو كذلك لأنه قائم مقامه ، فان قلت فالوارث كذلك قلت الوكيل لما دفع باذنه جرى مجرى تسليمه

وان قال اقبض حق الذى قبله فله القبض من وارثه[١] ، وان قال اقبضه اليوم لم يملك قبضه غدا[٢] ، وان وكله فى الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن[٣] ، وان وكله فى قضاء دين فقضاه ولم يشهد فأنكره الغريم ضمن[٤] إلا أن يقضيه بحضرة الموكل[٥]

فصل

والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف فى يده بغير تفريط[٦]، والقول قوله

---

(١) قوله « وان قال اقبض الخ » أى لأن الوكالة اقتضت قبض حقه مطلقا فشمل القبض من الوارث لأنه من حقه

(٢) قوله « وان قال اقبضه الخ » أى لتقييدها بزمان معين لأنه قد يختص غرضه فى زمن حاجته اليه

(٣) قوله « وان وكله فى الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لعدم الفائدة فى الإشهاد إذ المودع يقبل قوله فى الرد والتلف فلم يكن مفرطا فى عدم الاشهاد ، وقيل يضمن وذكره القاضى رواية لأن الوديعة لا تثبت إلا ببينة فهو كما لو وكله فى قضاء دين ، وبأن الفائدة فى الإشهاد هو ثبوت الوديعة فلو مات أخذت من تركته ، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فأنكر قبل قول الوكيل لأنهما اختلفا فى تصرفه فيما وكل فيه

(٤) قوله « وان وكله فى قضاء الخ » هذا المذهب بشرطه لأنه مفرط حيث لم يشهد ، قال القاضى : سواء صدقه أو كذبه لأنه إنما أذن فى قضاء مبرىء

(٥) قوله « إلا أن يقضيه الخ » يعنى أنه إذا قضاه بحضرته من غير إشهاد لا يضمن ، وهذا المذهب لان حضوره قرينة رضاه بالدفع بغير بينة ، وقيل يضمن اعتمادا على أن الساكت لا ينسب اليه قول ، وعنه لا يرجع إلا أن يكون أمر بالاشهاد فلم يفعل قدمه فى الفروع ، وتقدم نظير هذه المسألة فيما إذا قضى الضامن الدين ، وتقدم أيضا فى الرهن فيما إذا قضى العدل المرتهن

(٦) قوله « والوكيل الخ » هذا المذهب لأنه نائب المالك فى اليد والتصرف ، وكذا حكم كل من فى يده شىء لغيره على سبيل الأمانة كالوصى ونحوه ، وظاهره =

مع يمينه فى الهلاك ونفى التفريط[1] ، وإن قال بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله[2] ، وإن اختلفا فى رده الى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعا[3] . وان كان بجعل فعلى وجهين[4] ، وكذلك يخرج فى الأجير والمرتهن[5] ، وان قال أذنت لى فى البيع نسأ وفى الشراء بخمسة فأنكره فعلى

= سواء كان بجعل أو لا ، وأنه لا فرق بين تلف العين الموكل فيها أو تلف ثمنها ، وظاهره أنه يضمن إن فرط بأن لا يحفظ ذلك فى حرز مثلها ، وفى المغنى أو يركب الدابة أو يلبس الثوب ، أو يطلب منه المال فيمتنع من دفعه لغير عذر لأن التعدى أبلغ من التفريط

(١) قوله « والقول الخ » هذا المذهب لأنه أمين والأصل براءة ذمته ، ولو كلف إقامة البينة على ذلك لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع دعاء الحاجة إليها ، لكن إذا ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق عام ونهب جيش كلف إقامة البينة عليه ثم يقبل قوله فيه

(٢) قوله « ولو قال بعت الثوب الخ » هذا المذهب لأنه يملك البيع والقبض فقبل قوله

[فائدة] لو وكله فى شراء شىء فاشتراه واختلفا فى قدر ثمنه قبل قول الوكيل على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وان اختلفا فى رده الخ » وهو المذهب ، وقيل لا وجزم به ابن الجوزى فى قوله تعالى ﴿ فأشهدوا عليهم ﴾

(٤) قوله « وان كان بجعل الخ » أحدهما يقبل قوله مع يمينه لأنه أمين ، والثانى لا يقبل إلا ببينة لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله فى ذلك كالمستعير ، قال فى المبدع وهو الأشهر

على قوله « فعلى وجهين » * أحدهما لا يقبل قوله إلا ببينة وهو المذهب

(٥) قوله « وكذلك يخرج الخ » أى لاشتراك الكل فى قبض العين ، وكذا المستأجر والشريك والمضارب والمودع وغيرهم ، وتقدم فى كلام المصنف أن القول قول الراهن إذا ادعى المرتهن رده وأنه المذهب ، وتقدم أن القول قول الولى فى دفع المال إلى المولى عليه على الصحيح

وجهين[1] ، وان قال وكلتني أن أتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكره

[فائدتان] : إحداهما ـ لو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت فادعى الرد أو التلف لم يقبل لثبوت جنايته بجحده ولو أقام به بينة فى وجه لأنه مكذب لها

الثانية ـ لو ادعى الرد إلى غير من ائتمنه بأذن الموكل قبل قول الوكيل على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وان قال أذنت لى فى البيع الخ » أو قال وكلتك فى بيع هذا العبد قال بل فى بيع الامة فالمذهب أنه يقبل قول الوكيل ، ونص عليه فى المضارب لأنه أمين فى التصرف . والثانى يقبل قول المالك لأنه يقبل قوله فى أصل الوكالة فكذا فى صفتها وهذا قول أصحاب الرأى والشافعى وابن المنذر ، قال الشارح وهذا أصح لوجهين : أحدهما أنهما اختلفا فى التوكيل الذى يدعيه الوكيل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله فى غيره ، والثانى أنهما اختلفا فى صفة قول الموكل فكان القول قوله فى صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان فى صفة الطلاق ، وحكى عن مالك إن أدركت السلعة فالقول قول الموكل ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والأصل عدمه ، بخلاف ما إذا كانت موجودة . فعليه لو قال اشتريت لك هذه الجارية فقال إنما أذنت فى شراء غيرها قبل قول المالك مع يمينه ، فاذا حلف برىء من الشراء ، ثم إن كان الشراء وقع بعين المال فهو باطل

[فائدة] إذا قبض الوكيل الثمن فهو أمانة فى يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره ، فان طلبه فأخر الرد مع إمكانه فتلف ضمنه

على قوله « فعلى وجهين » ، يعنى إذا اختلفا فى صفة الوكالة

على قوله « فالقول قول المنكر » ، لأنهما اختلفا فى أصل الوكالة فقبل قول الموكل إذ الأصل عدمها ولم يثبت أنه أمينه فقبل قوله عليه

على قوله « فالقول قول المنكر بغير يمين » ، نص عليه لأن الوكيل يدعى حقا لغيره ، ومقتضاه أنه يستحلف اذا ادعته المرأة صرح به فى المغنى والشرح

على قوله « على وجهين » ، وذكر غيره روايتين أصحهما لا يلزمه شىء لتعلق حقوق العقد بالموكل ، وهذا ما لم يضمنه فان ضمنه فلها الرجوع عليه بنصفه لضمانه عنه

فالقول قول المنكر بغير يمين ، وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين . ويجوز التوكيل بجعل[١] وبغيره فلو قال بع ثوبى بعشرة فما زاد فلك صح . نص عليه[٢]

فصل

فان كان عليه حق لانسان فادعى أنه وكيل صاحبه فى قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع اليه[٣] وان كذبه لم يستحلف ، فان دفع اليه فأنكر صاحب الحق الوكالة حلف ورجع على الدافع وحده[٤] ، وإن كان المدفوع وديعة فوجدها

---

(١) قوله « بجعل » أى معلوم ، لأنه عليه الصلاة والسلام كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم جعلا ، وظاهره أنه يستحق الجعل بالبيع قبل قبض الثمن جزم به فى المغنى والشرح ما لم يشترطه عليه

(٢) قوله « فلو قال الخ » روى عن ابن عباس رضى الله عنهما رواه سعيد باسناد جيد ولم يعرف له فى عصره مخالف ، وكرهه الثورى وأبو حنيفة والشافعى لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم ، فعلى هذا إن باعه بزيادة فهى له وإن باعه بما عينه فلا شىء له

(٣) قوله « فصدقه الخ » أى لأن عليه فيه مشقة لجواز أن ينكر الموكل الوكالة فيستحق عليه الرجوع اللهم إلا أن تقوم به بينة ، وسواء كان الحق فى ذمته ، أو وديعة عنده

على قوله « حلف » أى الموكل لأنه يحتمل صدق الوكيل فيها

(٤) قوله « ورجع على الدافع وحده » أى لأن حقه فى ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيله ويرجع الدافع على الوكيل مع بقائه أو تعديه ، وظاهره أنه إذا صدق الوكيل برىء الدافع

قوله « ويرجع على الدافع وحده » اى إن كان الحق دينا لأن حقه فى ذمته ويرجع الدافع على الوكيل بما دفع له مع بقائه أو تعديه فى تلف أو تفريطه حتى تلف لاستقراره عليه بالتعدى والتفريط وان لم يتعد الوكيل فيه فتلف بيده لم يرجع الدافع على الوكيل حيث صدقه على دعوى الوكالة لأنه يدعى أن ما أخذ =

أخذها ، فان تلفت فله تضمين من شاء منهما ، ولا يرجع من ضمنه على الآخر(١) ، وإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله به فني وجوب الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان(٢) . وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه

= المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره وإن كان دفع بغير تصديق رجع مطلقا

على قوله « فوجدها » ؛ صاحبها

على قوله « فله تضمين من شاء منهما » ؛ أى من الدافع والقابض ، لأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحقه

(١) قوله « ولا يرجع الخ » أى لأن كل واحد منهما يدعى أن ما يأخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد ،فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره ، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل ذكره الشيخ تقى الدين وفاقا لكونه لم يقر بوكالته ولم يثبت ببينة ، قال ومجرد التسليم ليس تصديقا . ثم قال : وإن صدقه ضمن فى أحد القولين فى مذهب أحمد بل نصه لأنه متى لم يتبين صدقه فقد غره

على قوله « ولا يرجع من ضمنه على الآخر » ؛ هذا إذا كان الدافع صدقه ، لكن إن كان الوكيل تعدى فيها أى الوديعة أو فرط ضمن ولو كان الدافع صدقه

(٢) قوله « وان كان الخ » أحدهما وهو المذهب أنه لا يلزمه ذلك لأن الدفع اليه غير مبر لاحتمال أن ينكر المحيل الحوالة فهو كدعوى الوكالة والوصية

على قوله « لزمه الدفع اليه مع التصديق » ؛ وهو المذهب

على قوله « واليمين مع الانكار » ؛ وهو المذهب

[مسائل] ؛ الأولى ـ قال أحمد رحمه الله تعالى : إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه فوهب له المشترى منديلا فالمنديل لصاحب الثوب

الثانية ـ فى الشهادة على الوكالة ، إذا شهد بالوكالة شاهد وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان : إحداهما تثبت بذلك إذا كانت الوكالة فى المال ، والثانية لا تثبت إلا بشاهدين عدلين ، وهذا قول الشافعى لان الوكالة =

لزمه الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانـكار

= إثبات للتصرف فان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك ، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبيا لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت إلا بما يثبت به التوكيل

الثالثة ـ اذا شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة ، وأن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة

الرابعة ـ لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة ، ويجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل ، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا لأن اعتبار شاهدين عدلين فى هذا يشق ، ولنا أنه عقد مالى فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع

الخامسة ـ لو ادعى أن فلانا الغائب وكله فى تزويج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة لعـــدم تحقق صحة النـكاح إذ لا يقبل قوله إنه وكيله إلا بتصديق الورثة أو يثبت ببينة ، ولو وكله أن يتزوج له امرأة فتزوج الوكيل غيرها لم يصح العقد للمخالفة ، أو تزوج انسان له بغير إذنه فالعقد فاسد ولو أجازه المعقود اه كبيع الفضولى

السادسة ـ اذا قال رب دين لرجل مدين له : اشتر لى بدينى عليك طعاما أو غيره ففعل لم يصح ، لأنه لا يملكه إلا بقبضه فلا يصح تصرفه فيه قبله فلا يصح توكيله ، فان قال اشتر لى كذا فى ذمتك واقبض الثمن عنى من مالك أو أسلف لى ألفا فى كر طعام واقبض الثمن عنى من مالك أو اقبض الثمن من الدين الذى عليك صح

السابعة ـ لو كان لرجل عند آخر دنانير وثياب فبعث اليه رسولا فقال رب الدنانير والثياب : خذ دينارا وثوبا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت المأخوذات فضمان الدينار والثوب الزائدين على الباعث أى الذى أعطاه الدينارين والثوبين ، ويرجع الباعث بالزائد من الدينار والثوب على الرسول . ذكره فى المغنى وغيره

كتاب الشركة

وهى على خمسة أضرب : (أحدها شركة العنان)[١] وهى أن يشترك اثنان بماليهما[٢] ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما[٣] فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك فى نصيبه والوكالة فى نصيب شريكه[٤] . ولا تصح إلا بشرطين : (أحدهما) أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير[٥] ، وعنه تصح

(مسألة) تقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة ، وتقبل شهادة الوكيل للموكل فيما لم يوكل فيه ، فان شهد الوكيل بما كان وكيلا فيه بعد عزله من الوكالة لم تقبل شهادته سواء كان الوكيل خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم لأنه بقصد الوكالة صار خصما فيه

(١) قوله « شركة العنان » شركة العنان جائزة بالإجماع وإن اختلف فى بعض شروطها ، وهى مشتقة من عنّ إذا عرض ، فكل واحد من الشريكين عن له أن يشارك صاحبه . قاله الفراء وغيره

(٢) قوله « وهى أن يشترك اثنان الخ » أى سواء كانا من جنس أو جنسين ، ومن شرط صحتها أن يكون المالان معلومين ، وإن اشتركا فى مختلط بينهما شائعا صح إن علما قدر [illegible] حد منهما . ومن شرط صحتها أيضا حضور المالين على الصحيح من المذهب ، وقيل أو حضور مال أحدهما اختاره القاضى فى المجرد

(٣) قوله « ليعملا الخ » والصحيح من المذهب أن يعمل فيه أحدهما لكن يشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله ، وهى شركة عنان على الصحيح من المذهب ، وقيل مضاربة ، فان شرط له ربحا قدر ماله فهو إبضاع ، وإن شرط له ربحا أقل من ماله لم يصح على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع وجزم به فى المغنى والشرح وغيرهم

(٤) قوله « فينفذ تصرف الخ » هذا بلا نزاع لأن تصرفه فى نصيب شريكه بجهة الإذن فهو كالوكالة ، ودل أن لفظ الشركة يغنى عن إذن صحيح وهذا هو الأصح والمعمول به عند أصحابنا

(٥) قوله « ولا تصح إلا الخ » هذا المذهب ، فلا تصح بالعروض لأن الشركة =

بالعروض[1] ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين[2]. و (الثانى) أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً[3]، فان قال : الربح بيننا فهو بينهما نصفين. فان لم يذكرا الربح[4]

= بها إما أن تقع على أعيانها أو على قيمتها أو على ثمنها وكل ذلك لا يجوز ، أما الأول فلأن العقد يقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له فيرجع به ، وأما الثانى فلأن القيمة قد تزيد بحيث تستوعب جميع الربح ، وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح ، مع أن القيمة غير متحققة المقدار فيفضى إلى التنازع ، وأما الثالث فلأن الثمن معدوم حال العقد ولا يملكانها لانه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع . وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهى بيع الأعيان

(١) قوله « وعنه تصح بالعروض » اختارها أبو بكر وأبو الخطاب وقدمها فى المحرر وابن عبدوس فى تذكرته وصاحب الفائق ، قال فى الإنصاف وهو الصواب لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما فى المالين جميعا وكون الربح بينهما. وهذا يحصل من العروض من غير غرر كما يحصل من الأثمان ، فعلى هذا يجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ويرجع كل واحد منهما عند المفارقة بقيمة ماله عند العقد كما جعلنا نصابها به قيمتها ، وسواء كانت مثلية أو غير [illegible]

(٢) قوله « وهل تصح الخ » أحدهما وهو المذهب [illegible]صح لأن المغشوش لا يمكن ضبط غشه فلا يمكن رد مثله ، والفلوس تزيد قيمتها وتنقص أشبهت العروض ، ويستثنى منه الغش اليسير لمصلحة كحبة فضة فى دينار ، وظاهر كلام المصنف فى الفلوس أنها سواء كانت نافقة أو لا ، وهو أحد الوجهين ، والصحيح من المذهب أن محل الخلاف إذا كانت نافقة

(٣) قوله « الثانى الخ » اشترط كونه مشاعا لأنه لو عين دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيأخذ جميع الربح ، واحتمل أن لا يربح فيأخذ من رأس المال جزءا ، وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له ، واشترط كونه معلوما لأن الجهل به يفضى إلى التنازع

(٤) قوله « فان لم يذكرا الربح » أى لم يصح كالمضاربة لأنه المقصود من الشركة ، فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين

أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولا[١] أو دراهم معلومة[٢]. أو ربح أحد الثوبين لم يصح[٣] . وكذلك الحكم فى المساقاة والمزارعة . ولا يشترط أن يخلطا المالين[٤] ولا أن يكونا من جنس واحد[٥] . وما يشتريه كل واحد منهما بعد الشركة فهو بينهما[٦] . وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما[٧]

---

(١) قوله « أو شرطا الخ » أى لم يصح , لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب

(٢) قوله « أو دراهم معلومة » أى لم يصح

(٣) قوله « أو ربح أحد الثوبين » أى أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته فى شهر أو عام بعينه « لم يصح » لأنه قد يربح فى ذلك المعين دون غيره أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة بغير خلاف نعلمه

(٤) قوله « ولا يشترط الخ » أى لأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه ذلك إذا عيناهما وأحضراهما ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه فى حانوت لهما أو فى يد وكيلهما ، وقال الشافعى : لا يصح حتى يخلطا المالين

(٥) قوله « ولا أن يكونا الخ » بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه وبه قال الحسن وابن سيرين ، وقال الشافعى لا تصح إلا أن يتفقا ولا يشترط تساوى المالين فى القدر

[فائدة] لفظ الشركة يغنى عن إذن صحيح بالتصرف على الصحيح من المذهب

(٦) قوله « وما يشتريه الخ » أى لأن العقد وقع على ذلك فان اشتراه لنفسه فهو له لأنه أعلم بنيته

(٧) قوله « وان تلف أحد الخ » شمل كلام المصنف مسألتين : إحداهما إذا كانا مختلطين فلا نزاع أنه من ضمانهما ، والثانية إذا تلف قبل الاختلاط فهو من ضمانهما أيضا على الصحيح من المذهب ، لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد فكذا فى الضمان ، وعنه من ضمان صاحبه ، وقال أبو حنيفة : متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

والوضيعة على قدر المال[١]

فصل

ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى ويقبض ويقبّض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويقايل ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما . وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه بمال ولا يهب ولا يقرض[٢] ولا يحابي ولا يضارب إلا بالمال[٣] ولا يأخذ به سفتجة[٤] ولا يعطيها[٥] إلا بأذن شريكه[٦] . وهل له أن يودع أو يبيع نسأ أو يبضع أو يوكل فيما يتولى مثله أو يرهن أو يرتهن ؟ على

---

(١) قوله « والوضيعة » أى الخسران « على قدر المال » بالحساب لأنها عبارة عن نقصان رأس المال ، وهو مختص بالقدر ، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان فى الثمن أو غير ذلك

(٢) قوله « ولا يقرض » هذا المذهب ، وظاهره ولو برهن

(٣) قوله « ولا يضارب بالمال » هذا الصحيح من المذهب نقله الجماعة عن أحمد لأن ذلك يثبت فى المال حقوقاً ، وعنه بلى ، وحكم المشاركة فى المال حكم المضاربة

(٤) قوله « ولا يأخذ سفتجة » أى لأن فيها خطراً ، ومعناه أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة ويأخذ منه كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه المال وهذا المذهب

(٥) قوله « ولا يعطيها » أى بأن يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك

(٦) قوله « إلا بإذن شريكه » أى لأنه يصير من التجارة المأذون فيها وهو راجع إلى الكتابة وما بعدها ، والصواب الصحة فيهما مطلقاً لمصلحة كخوف الطريق ونحوه فى الأولى ، ويجوز لكل واحد منهما أن يؤجر ويستأجر وما يخرجه الشريك على المال من الشيل والحط والعشر والخفارة وما يتعلق بالبدرقة يحتسب به على شريكه

وجهين[1]. وليس له أن يستدين على الشركة . فان فعل فهو عليه وربحه له إلا

---

(١) قوله « وهل له أن يودع الخ » وفيه مسائل :

(الأولى) فى الإيداع ، وأطلق المصنف فيه وجهين وهما روايتان : إحداهما يجوز عند الحاجة وهو الصحيح من المذهب لأنه عادة التجار

(الثانية) فى البيع إلى أجل فأطلق المصنف فيه وجهين : وهما روايتان إحداهما له ذلك وهو الصحيح من المذهب ، والثانى ليس له ذلك ، فعلى هذا الوجه قال المصنف هو من تصرف الفضولى ، قال الزركشى : يلزمه ضمان الثمن . قال فى الانصاف : وينبغى أن يكون حالا والبيع صحيح

(الثالثة) فى الإبضاع وأطلق المصنف فيه وجهين وهما روايتان : إحداهما لا يجوز له ذلك وهو المذهب لما فيه من الغرر

(الرابعة) التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وأطلق المصنف فيه وجهين . واعلم أن فى جواز التوكيل فى شركة العنان والمضاربة طريقين . أحدهما أن حكمهما حكم توكيل الوكيل فيما يتولى مثله وهى طريقة جمهور الأصحاب . وقد علمت أن الصحيح من المذهب أنه لا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إذا لم يعجز عنه فكذا هنا

(الخامسة) جواز رهنه وارتهانه وفيه وجهان : أحدهما يجوز وهو الصحيح من المذهب قال فى المغنى والشرح عند الحاجة

[فائدتان] إحداهما يجوز له السفر على الصحيح من المذهب مع الاطلاق ، وعنه لا يسوغ السفر بلا أذن

(الثانية) لو سافر والغالب العطب ضمن على الصحيح من المذهب ، قال فى الرعاية : وإن سافر سفرا يظنه آمنا لم يضمن انتهى . وكذا حكم المضاربة . وإذا ادعى هلاكه بسبب خفى صدق فى الأصح ، وان كان بسبب ظاهر لم يضمنه إذا أقام بينة به ويحلف معها أنه هلك به ويصدق منكر الجناية ، وإن قال لما بيده : هذا لى أو لنا أو اشتريته منها لى أو لنا صدق مع يمينه سواء ربح أو خسر وإن قال صار لى بالقسمة صدق منكرها

أن يأذن شريكه[١] . وإن أخر حقه من الدين جاز[٢] . وان تقاسما الدين في الذمة لم يصح في إحدى الروايتين[٣]. وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه . وكذلك إن أقر بمال . وقال القاضي يقبل إقراره على مال الشركة[٤]

---

(١) قوله « وليس له الخ » هذا المذهب لأنه يدخل فيها أكثر مما رضي الشريك فلم يجز كما لو ضم اليها ألفا من ماله ومعناها أن يشتري بأكثر من رأس المال

[فائدتان] إحداهما لا يجوز له الشراء بثمن ليس معه من جنسه غير الذهب والفضة على الصحيح من المذهب ، وقال المصنف يجوز بفضة ومعه ذهب وعكسه ، قال في الانصاف وهو الصواب

(الثانية) إذا قال له اعمل برأيك جاز له فعل كل ما هو ممنوع منه مما تقدم إذا رآه مصلحة

(٢) قوله « وان أخر حقه الخ » مفهومه أنه لا يجوز له تأخير حق شريكه من الدين الحال وهو صحيح وهو المذهب ، وقيل يجوز ويضمنه إن تلف أو مات المدين

(٣) قوله « وان تقاسما الخ » وهو المذهب لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل ، والقسمة تقتضيها ، فعليها لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذي توى بعض ماله على الآخر ، والثانية يصح صححه في النظم واختاره الشيخ تقي الدين وقدمه في الرعايتين وبه قال الحسن وإسحاق لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الأعيان فعليها لا رجوع إذا أبرأ كل منهما صاحبه ، ومحل الخلاف إذا كان في ذمتين فأكثر وأما إن كان في ذمة واحدة فلا يصح قولا واحدا قاله في المغني والشرح ، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : يجوز أيضا

[فائدة] لو تكافأت الذمم فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب من الحوالة على مليء وجوبه

على قوله « لزم في حقه دون صاحبه » * بلا نزاع

على قوله « وكذلك إن أقر بمال » * وهو المذهب سواء أقر بدين أو بعين لان شريكه إنما أذن في التجارة دون الإقرار ، ويلزم في حقه على المذهب دون شريكه

(٤) قوله « وقال القاضي الخ » قال في الانصاف وهو الصواب وعلله في =

وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه . فان استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه . وما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر من يفعله . فان فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك ؟ على وجهين

فصـــل

والشروط فى الشركة ضربان : (صحيح) مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا فى نوع من المتاع[1] أو بلد بعينه أو لا يبيع إلا بنقد معلوم أو لا يسافر

= الشرح بأن له أن يشترى من غير أن يسلم الثمن فى المجلس فلو لم يقبل إقراره لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته لان ذلك مما يحتاج اليه كالاقرار بالعيب

[فائدة] اذا كان بينهما دين مشترك بارث أو إتلاف قال الشيخ تقى الدين رحمه الله أو ضريبة سبب استحقاقها واحد فلشريكه الأخذ من الغريم ومن القابض على الصحيح من المذهب لأنهما سواء فى الملك ، وعنه يختص به وقاله جماعة منهم أبو العالية وابن سيرين كما لو تلف المقبوض فى يد قابضه تعين حقه فيه ولم يرجع على الغريم لعدم تعديه لأنه قدر حقه مع أن الأصحاب ذكروا لو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين فله أخذه من يده كمقبوض بعقد فاسد قال فى الفروع فيتوجه منه تعديه فى التى قبلها ويضمنه وهو وجه واختاره الشيخ تقى الدين ، ويتوجه من عدم تعديه صحة تصرفه وفى التفرقة نظر ظاهر انتهى ، فان كان القبض باذن شريكه أو بعد تأجيل شريكه حقه أو كان الدين بعقد فوجهان ، والصحيح منهما أنه كالميراث وغيره كما تقدم

(١) قوله « ضربان صحيح الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعى إذا شرط أن لا يشترى إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو مالا يعم وجوده كالياقوت الأحمر والخيـــل البلق لم يصح لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ولا يشترى إلا من فلان . ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا فى نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه برجل . وقولهم يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة

بالمال ولا يبيع إلا من فلان . و (فاسد) مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح أو ضمان المال[1] أو أن عليه من الوضيعة أكثر من قدر ثمنه أو أن يوليه ما يختار من السلع أو يرتفق بها أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج فى سائرها روايتان[2] . وإذا فسد العقد قسم

على قوله « مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا فى نوع » . سواء كان مما يعم وجوده أو لا

على قوله « ولا يبيع إلا من فلان » . أو لا يشترى إلا من فلان فهذا كله صحيح سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو لا

(١) قوله « وفاسد الخ » كل ما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد كمثل ما ذكر المصنف ، أو يشترط المضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربح أحد الكيسين أو أحد الالفين أو أحد العبدين أو إحدى السفرتين أو ما ربح فى هذا الشهر ونحو ذلك فهذا يفسد العقد بلا نزاع ، لان الفساد لمعنى فى العوض المعقود عليه فأفسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرا ولان الجهالة تمنع من التسليم فيفضى إلى التنازع

على قوله « أو ضمان المال » . لمنافاته مقتضى العقد

على قوله « أكثر من قدر ثمنه » . للمنافاة

على قوله « أو أن يوليه ما يختار من السلع » . إذ لا مصلحة للعقد فيه

على قوله « أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها » . لانه عقد جائز فاشتراط لزومها ينافى مقتضاها

(٢) قوله « ويخرج الخ » شمل قسمين : أحدهما ما ينافى مقتضى العقد نحو أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو أن لا يبيع إلا ممن اشترى منه أو أن يوليه ما يختاره من السلع ونحو ذلك . والثانى كاشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه نحو أن يشترط على المضارب المضاربة له فى مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو أن يخدمه فى شىء بعينه أو يرتفق ببعض السلع كلبس الثوب واستخدام العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ونحو ذلك : إحداهما لا يفسد العقد ويلغو الشرط وهذا الصحيح من المذهب لأنه عقد على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة

الربح على قدر المالين(١) . وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله ؟ على وجهين(٢)

فصل

(الثانى المضاربة(٣)) وهى أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه(٤)

---

(١) قوله « وإذا فسد الخ » هذا المذهب لأن التصرف صحيح لكونه باذن مالكه ، والربح نماء المال فربح المضاربة للمالك وعليه أجرة مثل العامل مطلقا ، والعنان والوجوه على قدر قيمة المالين ، والأبدان يقسم أجرة ما تحملاه بالسوية ، والوضيعة بقدر المالين ، وعنه ان فسد بغير جهالة الربح وجب المسمى وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ظاهر المذهب ، وأوجب الشيخ تقى الدين فى الفاسد نصيب المثل فيجب من الربح جزء جرت العادة فى مثله وأنه قياس مذهب أحمد لأنها عنده مشاركة لا من باب الاجارة

(٢) قوله « وهل يرجع الخ » أحدهما وهو الصحيح من المذهب يرجع لأنه عمل فى نصيب شريكه فيرجع به

[فائدتان] احداهما لو تعدى الشريك مطلقا ضمن والربح لرب المال على الصحيح من المذهب ، وعنه له أجرة مثله قال فى المغنى والشرح ما لم تحط بالربح وعنه له الأقل ، وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أنه بينهما على ظاهر المذهب قال ناظم المفردات :

وإن تعدى عامل ما أمرا به الشريك ثم ربح ظهرا
فأجرة المثل له ، وعنه لا والربح للمالك نص نقلا
وعنه بل صدقة ذا يحسن لأن ذاك ربح ما لا يضمن

(الثانية) قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : الربح الحاصل من مال لم يأذن مالكه فى التجارة به قيل للمالك وقيل للعامل وقيل بينهما على قدر النفعين بحسب معرفة أهل الخبرة قال : وهو أصحهما إلا أن يتجر به على غير وجه العدوان مثل أن يعتقد أنه مال نفسه فتبين مال غيره فهنا يقتسمان الربح بلا ريب

(٣) المضاربة جائزة بالاجماع حكاه ابن المنذر

(٤) قوله « وهى أن يدفع الخ » يشترط فى المال المدفوع أن يكون معلوما =

والربح بينهما [١] . فان قال : خذه واتجر به والربح كله لى فهو إبضاع [٢] ، وان قال : والربح كله لك فهو قرض . وان قال : والربح بيننا فهو بينهما نصفين . وان قال : خذه مضاربة والربح كله لك أو لى لم يصح . وان قال : لك ثلث الربح صح والباقى لرب المال . وان قال : ولى ثلث الربح فهل يصح ؟ على وجهين [٣] . وان اختلفا لمن الجزء المشروط فهو

= فلو دفع صبرة نقد أو أحد الكيسين لم يصح ، وقوله « الى آخر » ليس شرطا فيه فلو دفعه الى اثنين فأكثر مضاربة فى عقد واحد جاز

(١) قوله « والربح الخ » أى من شرط صحتها تقدير نصيب العامل منه لأنه لا يستحقه الا بالشرط ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجرة مثله نص عليه وهو قول الجمهور

(٢) قوله « وان قال خذه الخ » هذا المذهب لأن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما ، فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله فى شركة العنان لأحدهما . ويفارق اذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقرض وينفذ تصرف العامل لأن الإذن باق ، وقال القاضى وابن عقيل وأبو الخطاب وغيرهم : هى مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل ، وكذا قال فى المغنى ، لكنه لا يستحق شيئا فى الصورة الثانية لأنه دخل على أن لا شىء له

على قوله « فهو إبضاع » * أى يصير الربح جميعه لرب المال ولا شىء للعامل فيه فيصير وكيلا متبرعا ، فلو قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لأن العقد يقتضى كونه أمانة

على قوله « والربح كله لك أو لى لم يصح » * وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة اذا قال والربح كله لى كان إبضاعا صحيحا لأنه أثبت له حكم الإبضاع

على قوله « وان قال لك ثلث الربح » * أو ربعه أو جزء معلوم صح لأن نصيب العامل معلوم

(٣) قوله « وان قال ولى الخ » يعنى ولم يذكر نصيب العامل ، أحدهما يصح وهو الصحيح من المذهب والباقى بعد الثلث للعامل وبه قال أبو ثور وأصحاب =

للعامل (١) . وكذلك حكم المساقاة والمزارعة . وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أولا يفعله وما يلزمه فعله وفى الشروط(٢). وإن فسدت فالربح لرب المال (٣) وللعامل الاجرة (٤) . وعنه له الأقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح . وان شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد ؟ على روايتين (٥) . وان قال بع هذا العرض وضارب بثمنه أو اقبض وديعتى وضارب بها (٦) أو إذا قدم الحاج فضارب بها صح (٧). وإن قال : ضارب بالدين الذى عليك

= الرأى ، والثانى لايصح لأن العامل إنما يستحق بالشرط فتكون المضاربة فاسدة

[فائدة] لو قال لك الثلث ولى النصف صح وكان الباقى لرب المال

(١) قوله « وان اختلفا الخ » قليلا كان أو كثيرا لأنه يستحقه بالعمل وهو يقل ويكثر ويحلف مدعيه ، فلو اختلفا فى قدر الجزء بعد الربح فقال العامل شرطت لى النصف وقال المالك الثلث قدم قوله لأنه منكر للزيادة ، وعنه يقبل قول العامل إن ادعى تسمية المثل أو دونها لأن الظاهر معه ، ولو قيل بالتحالف لم يبعد كالبيع فان أقام كل منهما بينة قدمت بينة العامل

(٢) قوله « وحكم المضاربة الخ » أى لاشتراكهما فى التصرف بالاذن فما جاز للشريك فعله جاز للمضارب وما منع منه منع منه وما اختلف فيه فهنا مثله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة ولا يعتبر قبض رأس المال وتكفى مباشرته وقيل يعتبر نطقه

(٣) قوله « وان فسدت الخ » أى لأنه نماء له وإنما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت فسد الشرط فلم يستحق شيئا

(٤) قوله « وللعامل الأجرة » أى أجرة مثله نص عليه وهذا المذهب ، وسواء خسر أو كسب ، وعنه له الأقل من أجرة المثل أو المسمى

(٥) قوله « وان شرطا الخ » إحداهما لاتفسد وهو الصحيح من المذهب

(٦) قوله « وإن قال بع الخ » هذا المذهب نص عليه لأنه وكيل فى بيع العرض فاذا باعه صار الثمن فى يده أمانة أشبه ما لو كان المال عنده وديعة

(٧) قوله « أو اذا قدم الخ » لانه إذن فى التصرف فجاز تعليقه على شرط =

لم يصح (١) . وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح ذكره الخرقى . وقال القاضى : اذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وان شرط عمل غلامه فعلى وجهين

فصـــل

وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال فان فعل صح وعتق وضمن ثمنه (٢) ، وعنه يضمن قيمته علم أو لم يعلم ، وقال أبو بكر ان لم يعلم لم يضمن ويحتمل أن لا يصح البيع (٣) ، وان اشترى امرأته صح وانفسخ

= مستقبل كالوكالة وإذا قال ضارب بعين المال الذى غصبته منى صح كالوديعة فاذا ضارب به سقط عنه الضمان

(١) قوله « وان قال ضارب بالدين الخ » هذا المذهب نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأى لأن المال فى يد من عليه الدين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد ، وقال بعض أصحابنا يصح ، قال ابن القيم فى إعلام الموقعين فى المضاربة بالدين قولان فى مذهب أحمد أحدهما الجواز وهو الراجح فى الدليل وليس فى الادلة الشرعية ما يمنع جواز ذلك ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع ولا وقوعا فى محظور من ربا ولا قمار ولا بيع غرر ولا مفسدة فى ذلك بوجه ما ، فلا يليق بمحاسن الشريعة المنع منــــه ، وتجويزه من محاسنها ومقتضاها



على قوله « وان قال ضارب بالدين الذى عليك لم يصح » ، لكن لو قال : اعزل المال الذى عليك وضارب به صح سواء اشتراه بعين المال أو فى الذمة

على قوله « وذكره الخرقى » ، وهو المذهب

على قوله « فعلى وجهين » ، أحدهما يصح وهو المذهب

(٢) قوله « فان فعل صح وعتق الخ » قدم المصنف هنا صحة الشراء وهو المذهب ويضمنه العامل مطلقا سواء علم أو لم يعلم لان الاتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل

(٣) قوله « ويحتمل الخ » أى لان الإذن فى التجارة يتصرف الى ما يمكن =

نكاحه[(١)] فان كان قبل الدخول فعلى العامل نصف الصداق ، فان اشترى من يعتق على نفسه ولم يظهر ربح لم يعتق [(٢)] ، وان ظهر ربح فهل يعتق ؟ على وجهين [(٣)] . وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على

═ بيعه والربح فيه ، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك وقيده فى الشرح إذا كان الثمن عينا قال وان كان اشتراه فى الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فان فعل ضمن وهذا قول الشافعى وأكثر الفقهاء انتهى . فعلى المذهب يضمن الثمن

(١) قوله « وان اشترى امرأته الخ » وكذا لو كان رب المال امرأة واشترى العامل زوجها وهذا المذهب لانه فى الاولى اشترى ما يمكن طلب الربح فيه أشبه ما لو اشترى أجنبية فان كان اشتراها قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق ؟ فيه وجهان . فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه السبب ، وإذا اشترى زوج ربة المال فلا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود الى المضاربة وانما هو سبب آخر ولا فرق فى شرائه بالذمة أو بعين المال ، وذكر فى الوسيلة أن الخلاف المتقدم فيه أيضا ، قال فى الانصاف وما هو ببعيد . وقال الشافعى : لا يصح إلا أن يكون باذنها

(٢) قوله « وان اشترى من يعتق الخ » هذا المذهب بلا ريب لانه لا يملكه وإنما هو ملك رب المال

(٣) قوله « وان ظهر ربح الخ » هما مبنيان على ملك المضارب للربح بعد الظهور وعدمه على الصحيح من المذهب ، فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق لانه لا يملكه ، فان قلنا بالظهور فوجهان : أحدهما يعتق عليه على الصحيح من المذهب ، قال فى الكافى : إن قلنا يملكه بالظهور عتق عليه قدر حصته وسرى الى باقيه ان كان موسرا أو غرم قيمته ، وإن كان معسرا لم يعتق عليه إلا ما ملك . انتهى

[فائدة] اذا تعدى المضارب بالشرط أو فعل ما ليس له فعله أو ترك مايلزمه ضمن المال ولا أجرة له وربحه للمالك وقيل له أجرة المثل ، وعنه له الاقل منها أو ماسمى من الربح ، وقيل إن اشترى بعين المال بطل على المذهب والنماء للبائع

الأول [1] فان فعل رد نصيبه من الربح فى شركة الاول [2] ، وليس لرب المال أن يشترى من مال المضاربة شيئا لنفسه [3] وعنه يصح ، وكذلك شراء السيد من عبده المأذون . وان اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح ، وان اشترى الجميع بطل فى نصيبه وفى نصيب شريكه وجهان ، ويتخرج أن

---

(١) قوله « وليس للمضارب الخ » أى ولم يأذن فيه ككون المال الثانى كثيرا فيستوعب زمانه فيشغله عن تجارة الاول . وقال أكثر الفقهاء بجوازه لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها وليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال لعدم تناول الإذن له فان فعل صح وكان له

(٢) قوله « فان فعل رد الخ » هذا المذهب نص عليه لأنه استحق ذلك بالمنفعة التى استحقت بالعقد الأول فينظر فى المضاربة الثانية فيدفع الى رب مالها منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الأولى فيقتسمانه ، قال فى المغنى والشرح : النظر يقتضى أن رب المضاربة الاولى لا يستحق من ربح الثانية شيئا لانه انما يستحق بمال أو عمل وهما منفيان ، وتعدى المضارب بترك العمل واشتغاله عن المال الاول لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل فى مال نفسه أو آجر نفسه واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

[فائدة] ليس للمضارب دفع مال المضاربة لآخر مضاربة من غير اذن رب المال على الصحيح من المذهب ، وليس له أن يخلط مال المضاربة بغيره مطلقا على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وليس لرب المال الخ » هذا المذهب لأنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله ، وعنه يصح لأنه تعلق به حق المضارب فعليها يأخذ بالشفعة ، قال فى الانصاف إن ظهر فيه ربح صح وإلا فلا

[فائدة] ليس للمضارب أن يشترى من مال المضاربة إذا ظهر ربح على الصحيح من المذهب ، وقيل يصح وهو ظاهر ما جزم به فى الكافى والشرح

على قوله « وفى نصيب شريكه وجهان » « مبنيان على تفريق الصفقة ، وقد علمت أن الصحيح من المذهب الصحة هناك فكذا هنا

يصح فى الجميع . وليس للمضارب نفقة إلا بشرط[١]، فان شرطها له وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف ، فان اختلفا رجع فى القوت الى الاطعام فى الكفارة وفى الملبوس الى أقل ملبوس مثله ، وان أذن له فى التسرى فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضا نص عليه[٢]. وليس

---

(١) قوله « وليس للمضارب نفقة الخ » هـذا المذهب لأنه دخل على أنه يستحق من الربح شيئا فلم يستحق غيره اذ لو استحقها لأفضى الى اختصاصه به حيث لم يربح سوى النفقة إلا بشرط نص عليه ، وقال الشيخ تقى الدين أو عادة وكأنه أقام العادة مقام الشرط ، ولو كان معه مال لنفسه يبيع فيه ويشترى أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك ، ولو لقيه ببلد اذن فى سفره اليه وقد نض المال فاخذه ربه فللعامل نفقة رجوعه فى وجه ، وفى وجه آخر لا نفقة له قدمه فى المغنى والشرح ، لأنه انما يستحقه ما دام فى القراض وقد زال فزالت

على قوله « وفى الملبوس الى أقل ملبوس مثله » ، وقيل له نفقة مثله عرفا من الطعام والكسوة ، وهو الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان أذن له فى التسرى الخ » أى لأن الإذن فى التسرى يستدعى الاذن فى الوطء ، والبضع لايباح إلا بملك أو نكاح وصار ثمنها قرضا لأن رب المال لم يوجد منه مايدل على تبرعه به . وهذا المذهب

[فائدتان] إحداها ليس له أن يتسرى بغير إذن رب المال سواء ظهر ربح أولا فان فعل فعليه المهر والتعزير وإن علقت منه ولم يظهر فى المال ربح فولده رقيق لأنها علقت منه فى غير ملك ولا شبهة ولا تصير أم ولد له ، وان ظهر فى المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ، ونحو ذلك قال الشافعى وسفيان واسحاق . وقيل يحد إن كان قبل ظهور ربح اختاره القاضى لانه وطء فى غير ملك ولا شبهة ملك . قال فى الانصاف : وهو الصواب بشرطه

(الثانية) لا يطأ رب المال ولو عدم الربح رأسا جزم به فى المغنى والشرح وغيرهم لأنه ينقصها إن كانت بكرا ويعرضها للخروج من المضاربة فان فعل فلا حد عليه لأنها ملكه فان أحبلها صارت أم ولد وولده حر لكن إن كان فيه ربح فللعامل حصته منه

المضارب ربح حتى يستوفى رأس المال (١)، وان اشترى سلعتين فربح فى إحداهما وخسر فى الأخرى أو تلفت جبرت الوضيعة من الربح (٢) ، وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت المضاربة (٣) ، وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فهى له وثمنها عليه إلا أن يجيزه رب المال ، وإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال (٤) ، وإذا ظهر الربح لم يكن له أخذ شىء منه إلا باذن رب المال (٥) . وهل يملك العامل

---

(١) قوله « وليس للمضارب ربح الخ » بغير خلاف نعلمه ، يعنى أنه لا يستحق أخذ شىء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ، فتى كان فيه ربح وخسران جبرت الوضيعة من الربح لانه هو الفاضل عن رأس المال

(٢) قوله « وان اشترى سلعتين الخ » أى ولا يستحق المضارب شيئا الا بعد كمال رأس المال

(٣) قوله « وإن تلف بعض الخ » أى وكان رأس المال الباقى خاصة لانه مال هلك على جهته قبل التصرف أشبه التالف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار فى التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح . وقال بعض أصحاب الشافعى مذهب الشافعى أن التالف من الربح

على قوله « وثمنها عليه » ، لانه اشتراها فى ذمته وليست من المضاربة لانفساخها بالتلف

على قوله « إلا أن يجيزه رب المال » ، فيجوز فى رواية

(٤) قوله « وان تلف بعد الشراء الخ » أى لأن الموجب لفسخها هو التلف ولم يوجد حين الشراء ولا قبله والثمن على رب المال لأن الشراء صادف المضاربة باقية بحالها وذلك يوجب كون المشترى له والثمن عليه وحينئذ فلرب السلعة مطالبة كل منهما بالثمن ويرجع به على العامل ويصير رأس المال الثمن دون التالف

(مسألة) من أتلفه ضمن الربح للآخر ، ثم ان كان تلفه بعد التصرف فالمضاربة بحالها وإلا فهى فى قدر ثمنها

(٥) قوله « وإذا ظهر الربح الخ » أى بلا نزاع ، لامور : أحدها أن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذى ينجبر بالربح ، الثانى أن رب المال ـــ

حصته من الربح قبل القسمة ؟ على روايتين [١] . وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح وإلا فلا [٢] . وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا أو طلب البيع فله ذلك [٣]، وإن

= شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه . الثالث أن ملكه غير مستقر عليه لأنه بعرضية أن يخرج عن يده لجبران خسارة المال

(١) قوله « وهل يملك العامل الخ » إحداهما وهي المذهب والمجزوم بها عند الأكثر أنه يملك حصته منه بظهوره وهو مذهب أبي حنيفة لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح ، وكما يملك المساقي حصته من الثمرة بظهورها في الأصح ، والثانية لا يملك إلا بالقسمة اختارها القاضي وغيره وهو قول مالك ، وللشافعي قولان كالمذهبين ، لأنه لو ملكه به لاختص به ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان ، ولأنه لو اشترى عبدين بالمال كل واحد يساويه فأعتقهما رب المال عتقا ، وعنه يملكها بالمحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة والقبض ، واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ، ومن الأصحاب من قال يستقر بدونها كالمحاسبة التامة ، قال في القواعد : وهو المنصوص صريحا عن أحمد

[فائدة] إتلاف المالك كالقسمة فيغرم نصيب الآخر وكذا الأجنبي

(٢) قوله « وإلا فلا » أي إذا لم يظهر فيه ربح لم يجبر الممتنع على البيع لأنه لا حق للعامل فيه وقد رضيه مالكه

(٣) قوله « وإن انفسخ القراض الخ » إذا انفسخ القراض مطلقا والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا يقوم عليه فله ذلك نص عليه ، وإذا ارتفع السعر بعد ذلك لم يكن للمضارب أن يطالب بقسطه على الصحيح من المذهب قال ابن عقيل وإن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترى خزا في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل فإن حقه يبقى من الربح ، قال في الإنصاف وهو الصواب ولا أظن الأصحاب يخالفون ذلك ، فإذا لم يرض رب المال أن يأخذ عرضا وطلب البيع أو طلبه ابتداء فله ذلك ويلزم المضارب بيعه مطلقا على الصحيح من المذهب ، وقيل لا يجبر إذا لم يكن في المال =

كان دينا لزم العامل تقاضيه ، وان قارض فى المرض فالربح من رأس المال، وان زاد على أجرة المثل[١] ويقدم به على سائر الغرماء . وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين فى تركته[٢] وكذلك الوديعة[٣]

= ربح ، فعلى المذهب قال المصنف والشارح انما يلزمه البيع فى مقدار رأس المال، والصحيح من المذهب يلزمه فى الجميع وهو ظاهر كلام المصنف هنا

على قوله « لزم العامل تقاضيه » « يعنى كله وهو المذهب بخلاف الوكيل فانه لا يلزمه تقاضى الدين

على قوله « وان قارض فى المرض » « صح لأنه عقد يبتغى فيه الفضل

على قوله « فالربح من رأس المال » « ولا يحتسب به من ثلثه

(١) قوله « وان زاد على أجرة المثل » هذا المذهب لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وانما حصل بعمل المضاربة

[فائدة] لو ساقى أو زارع فى مرض موته حسب من الثلث على الصحيح من المذهب ، وقيل هو كالمضاربة

على قوله « وان زاد على أجرة المثل » « لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وهو المذهب

(٢) قوله « وان مات المضارب الخ » وهذا المذهب ويكون صاحبه أسوة الغرماء عملا بالاصل

(٣) قوله « وكذلك الوديعة » يعنى أنها تكون فى تركته إذا مات ولم يعينها وهو المذهب لاستوائهما فى المعنى

[فائدتان] إحداهما لو دفع عبده أو دابته الى من يعمل بهما بجزء من الأجرة أو ثوبا يخيطه أو غزلا ينسجه بجزء من ربحه أو جزء منه جاز نص عليه وهو المذهب وهو من مفرداته ، وعنه لا يجوز فله أجرة مثله ، وعنه له دفع دابته أو نخله لمن يقوم به بجزء من نمائه اختاره الشيخ تقى الدين ، والمذهب لا لحصول نمائه بغير عمله

(الثانية) لو أخذ ماشية ليقوم عليها برعى وعلف وسقى وحلب وغير =

فصـــل

والعامل أمين[1]، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران وما يذكر أنه اشتراه ، إلا لنفسه أو للقراض وما يدعى عليه من خيانة ، والقول قول رب المال فى رده اليه [2] ، وفى الجزء المشروط للعامل [3] ، وفى الإذن فى البيع نسأ [4] أو الشراء بكذا ، وحكى عنه أن القول قول العامل ان ادعى

═ ذلك بجزء من درها ونسلها وصوفها لم يصح على الصحيح من المذهب نص عليه ، وعنه يصح اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وابن عبدوس وقدمه فى الفائق والرعاية الكبرى

(١) قوله « والعامل الخ » حكم العامل فى دعوى التلف حكم الوكيل على ما تقدم فى الوكالة لأن تأمينه يقتضى ذلك وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه ، وكما يقبل قوله فى قدر رأس المال اجماعا ذكره ابن المنذر

على قوله « أو مايدعى عليه من خيانة » ، أو تفريط فلو اشترى العامل شيئا فقال المالك كنت نهيتك عن شرائه فأنكره العامل قبل قوله لأن الأصل عدم النهى

(٢) قوله « والقول الخ » هذا المذهب نص عليه لانه قبض المال لنفعه نفسه

على قوله « والقول قول رب المال » ، مع يمينه

(٣) قوله « والجزء المشروط للعامل » أى إذا اختلفا فى قدر المشروط للعامل هذا المذهب لأنه منكر للزيادة التى ادعاها العامل ، وعنه القول قول العامل اذا ادعى أجرة المثل ، وان جاوز أجرة المثل رجع اليها ، وان أقام كل منهما بينة بما قاله قدمت بينة العامل على الصحيح من المذهب لانه خارج

على قوله « والجزء المشروط » ، أى بعد الربح

(٤) قوله « وفى الاذن الخ » كون القول قول المالك فى البيع نسأ هو وجه ، والصحيح من المذهب أن القول قول العامل فى ذلك لانهما اتفقا على الإذن واختلفا فى صفته

على قوله « ان ادعى اجرة المثل » ، زاد فى المغنى والشرح : أو مايتغابن الناس به لأن الظاهر صدقه

أجرة المثل وان قال العامل ربحت ألفا ثم خسرتها أو هلكت قبل قوله (١) وان قال غلطت لم يقبل قوله (٢)

فصـــل

(الثالث شركة الوجوه) وهو أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما دينا فما ربحا فهو بينهما (٣)، فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن، والملك بينهما على ما شرطاه، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه والربح بينهما على ما شرطاه (٤)، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما ، وهما فى التصرفات

---

(١) قوله « وان قال العامل الخ » أى بلا نزاع لأنه أمين فقبل قوله

(٢) قوله « وان قال غلطت الخ » وكذا لو قال كذبت أو نسيت وهذا المذهب لأنه مقر فلا يقبل قوله فى الرجوع عن إقراره ، وعنه يقبل لأمانته . ويقبل قول عامل فى أنه ربح أولا وفى قدر الربح على الصحيح من المذهب

[فائدة] لو دفع اليه مبلغا يتجر فيه فقال العامل هو قرض ربحــه لى وقال المالك هو قراض ربحه بيننا قبل قول المالك لأنه ملكه فكان القول قوله فى صفة خروجه عن يده ، وإن أقام كل منهما بينة فنص أحمد يتعارضان ويقسم الربح بينهما

(٣) قوله « وهى أن يشتركا على أن يشتريا الخ » أى دينا إلى أجل وهذا المذهب ، وسواء عينا جنس الذى يشتريانه أو قدره أو وقته أولا ، فلو قال كل واحد منهما للآخر ما اشتريت من شيء فهو بيننا صح

على قوله « دينا » « أى فى ذمتهما من غير أن يكون لهما مال

على قوله « فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن » « لأن مبناها على الوكالة والكفالة ، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بالثمن

على قوله « والملك بينهما على ماشرطاه » « لقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمنون على شروطهم »

(٤) قوله « والربح الخ » هذا المذهب فاذا كان لأحدهما ثلث الربح كان له ثلثه

كشريكى العنان (١)

فصـــل

(الرابع شركة الأبدان)(٢) وهى أن يشتركا فيما يكسبان بابدانهمافهى شركة صحيحة وما يتقبله أحدهما من العمل يصير فى ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله(٣). وهل يصح على اختلاف الصنائع ؟ على وجهين(٤). ويصح فى الاصطياد والاحتشاش والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات .

= المشترى وان كان له نصفه كان له نصف المشترى لأن الاصل فى الربح المال فكل جزء من الربح بازاء جزء من المال فاذا علم نصيب أحدهما من الربح علم قدر ما يملكه من المال

على قوله « على قدر ملكيهما فيه » ، قاله القاضى وجزم به فى الفصول

(١) قوله « وهما الخ » أى فيما يجب لهما وعليهما وفى إقرارهما وخصوماتهما وغير ذلك على ما مر ، وهل مايشتريه أحدهما بينهما أم تعتبر النية كوكالة ؟ فيه وجهان . قال فى الفروع : ويتوجه فى عنان مثله ، وقطع جماعة بالنية

(٢) قوله « شركة الابدان » ، شركة الابدان صحيحة وبه قال مالك لما روى أبو داود باسناده عن عبد الله قال « اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر ، فلم أجىء أنا وعمار بشىء وجاء سعد بأسيرين » ومثله لا يخفى على النبى ﷺ . فان قلت المغانم شركة بين الغانمين فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟قال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك بينهم بدليل أنه قال من أخذ شيئا فهو له فكان من قبيل المباحات ، ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل ، وقال الشافعى : شركة الأبدان فاسدة

(٣) قوله « وما يتقبله أحدهما الخ » هذا المذهب لان شركة الابدان لا تنعقد إلا على ذلك

(٤) قوله « وهل يصح الخ » الصحيح من المذهب الصحة لأنهما اشتركا فى تكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ، ولا يشترط محل عملهما ولا تساويهما فيه ولكل واحد منهما طلب الأجرة وللمستأجر دفعها الى أحدهما ، ومن تلف =

وان مرض أحدهما فالكسب بينهما (١) ، فان طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك (٢) . وإذا اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح (٣) ، فان تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما صحت الشركة والأجرة على ما شرطاه ، وان آجراهما باعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته (٤)، وان جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح

فصل

(الخامس شركة المفاوضة) وهي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز وما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما

= بيده بغير تفريط لم يضمن ، وان فرط أو تعدى ضمن فقط ، فاذا أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه لأنه لا يد له على ذلك

(١) **قوله** « وان مرض الخ » مفهوم قوله وان مرض الخ أنه لو ترك العمل لغير عذر لا يكون الكسب بينهما وهو أحد الوجهين ، والوجه الثاني يكون بينهما أيضا وهو الصحيح من المذهب

(٢) **قوله** « فان طالبه الخ » لأنهما دخلا على أن يعملا فاذا تعذر العمل بنفسه لزمه أن يقيم مقامه توفية للعقد مايقتضيه ، فان امتنع فللآخر الفسخ

(٣) **قوله** « واذا اشتركا الخ » هذا المذهب ، لأن الحمل في الذمة وهو نوع اكتساب والدابتان آلتان أشبها الأداة ، ولو اشتركا في أجرة عين الدابتين أو أنفسهما إجارة خاصة لم يصح

(٤) **قوله** « وان آجراها الخ » أى إذا آجرا دابتيهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة في الاصح واستحق كل منهما أجرة دابته لانه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وانما استحق المكترى منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة

[فوائد] : (الأولى) تصح شركة الشهود قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله =

من ضمان غصب أو أرش جناية ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة(١)

= تعالى . قال الشيخ تقي الدين : وللشاهد أن يقيم مقامه ان كان على عمل فى الذمة ، وإن كان الجعل على شهادته بعينه ففيه وجهان . قال الشيخ تقي الدين : والأصح جوازه ، قال وللحاكم إكراههم لأن له نظرا فى العدالة وغيرها ، وقال أيضاً : إن اشتركوا على أن كل ما حصله كل واحد بينهم بحيث إذا كتب أحدهم وشهد شاركه الآخر ، وإن لم يعمل فهى شركة الأبدان تجوز حيث تجوز الوكالة ، وأما حيث لا تجوز ففيه وجهان كشركة الدلالين

(الثانية) لا تصح شركة الدلالين قاله فى الترغيب وغيره وقدمه فى الفروع والفائق وغيرهم لأنه لا بد فيها من وكالة ، وهى على هذا الوجه لا تصح كآجر دابتك والأجرة بيننا ، لان الشركة الفرعية لا تخرج عن الوكالة والضمان، ولا وكالة هنا فإنه لا يمكن توكيل أحدهما على مال الغير ولا ضمان فإنه لا دين يصير بذلك فى ذمة واحد منهما ولا تقبل عمل ، وقال فى الموجز : تصح قال الشيخ تقي الدين وقد نص أحمد على جوازها

(الثالثة) لو اشترك ثلاثة لواحد دابة ولآخر راوية والثالث يعمل صح فى قياس قول أحمد ، فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه ، وكذا لو اشترك أربعة وهذا الصحيح

(١) قوله « شركة المفاوضة الخ » شركة المفاوضة على ضربين : أحدهما أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه الشراء والبيع والمضاربة والتوكل والابتياع فى الذمة والمسافرة بالمال والارتهان وضمان ما يرى من الاعمال ، فهذه شركة صحيحة لانها لا تخرج عن شركة العنان والوجوه والابدان وجميعها منصوص على صحتها والربح على ماشرطاه والوضيعة على قدر المال قاله الأصحاب . الضرب الثانى ماذكره المصنف وهى أن يدخلا فيها الاكساب النادرة ونحوها ، فهذه شركة فاسدة على الصحيح من المذهب ونص عليه ، لأنه يكثر فيها الغرر ولم يصح بين مسلم وذمى فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود المنهى عنها ، فعلى المذهب لكل منهما ربح ماله وأجرة عمله وما يستفيده له ويختص بضمان ما غصبه أو جناه أو ضمنه عن الغير

باب المساقاة

تجوز المساقاة فى النخل وكل شجر له ثمر مأكول(١) ببعض ثمرته(٢). وتصح بلفظ المساقاة والمعاملة وما فى معناها . وتصح بلفظ الإجارة فى أحد

---

(١) قوله « تجوز المساقاة الخ » الأصل فى جوازها السنة ، فمنها ما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع » متفق عليه . وقال أبو جعفر « عامل النبي ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ثم على ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع » وهذا عمل به الخلفاء الراشدون ولم ينكر فكان كالاجماع

على قوله « فى النخل » » وعليه اقتصر داود وقال الشافعى فيه والكرم فقط

(٢) قوله « ببعض ثمرته » أي بجزء مشاع كالثلث ونحوه للخبر لا على صاع أو آصع أو ثمرة نخلة بعينها لما فيه من الغرر ، فعلى هذا لو شرط له ثمر نخل غير الذى ساقاه عليه أو ثمرة سنة غير التى ساقاه عليها لم يصح لمخالفة موضوعها

[فائدة] لا يقال ابن عمر قد رجع عما روى لقوله « كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة » لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع لأنه عليه الصلاة والسلام لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده فكيف يتصور نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، وقد روى طاوس أن أعلمهم يعنى ابن عباس أخبر أنه ﷺ لم ينهه عنه وقال « لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليه أجراً معلوماً » متفق عليه ، ثم حديث رافع محمول على ما قلنا لما روى البخارى بإسناده عن رافع قال « كنا من أكثر الأنصار حقلا فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عنه فأما الورق فلم ينهنا » ورجوع ابن عمر يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة مع أن فيه اضطراباً

[فائدة] لو ساقاه على ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات كالقطن والمقاثى والباذنجان ونحوه لم يصح ، وقال فى القاعدة الثمانين : إن قيل هى كالشجر صحت المساقاة، وإن قيل هى كالزرع فهى مزارعة وفيه وجهان

الوجهين(١) وقد نص أحمد رحمه الله تعالى فى رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح ، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب . وقال أكثر أصحابنا هى إجارة ، والأول أقيس وأصح . وهل تصح على ثمرة موجودة ؟ على روايتين(٢) . وان ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح(٣) . والمساقاة عقد

---

(١) قوله « وتصح بلفظ الإجارة » وهو المذهب لأنه يؤدى المعنى فصح به العقد

[فوائد] : (الأولى) لو صح فيما تقدم إجارة أو مزارعة فلم يزرع نظر إلى معدل المغل فيجب القسط المسمى فيه ، وان فسدت وسميت إجارة فأجرة المثل على الصحيح من المذهب ، وقيل قسط المثل اختاره الشيخ تقى الدين

(الثانية) يجوز ويصح إجارة الأرض بطعام معلوم من جنس الخارج على الصحيح من المذهب وهو من مفرداته ، وعنه لا يجوز ولا يصح وعنه يكره ويصح

(الثالثة) إجارتها بطعام من غير جنس الخارج تصح على الصحيح من المذهب نص عليه

(٢) قوله « وهل تصح على ثمرة موجودة الخ » إحداهما يصح وهى المذهب لأنها إذا جازت فى المعدوم مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر منها أولى ، ومحلها إذا بقى من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأبير والسقى والاصلاح ، فإن بقى ما لا تزيد به كالجذاذ لم يجز بغير خلاف

[فائدة] وكذا الحكم لو زارعه على زرع نابت ينمى بالعمل

(٣) قوله « وإن ساقاه على شجر الخ » هذا المذهب المنصوص واحتج بحديث خيبر . ولأن العمل وغرضه معلومان ، ويعتبر أن يكون الغراس من رب الأرض كالمزارعة ، فإن كان على العامل فعلى الروايتين فى المزارعة إذا شرط البذر من العامل

(تنبيه) ظاهر نصه أنها تصح بجزء من الشجر وبجزء منهما كالمزارعة وهى المغارسة والمناصبة اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وذكره ظاهر المذهب =

جائز فى ظاهر كلامه لا يفتقر الى ذكر مدة (١) . ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهى بينهما ، وان فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له ، وان فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله ، وقيل هى عقد لازم تفتقر الى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها فان جعلا مدة لا تكمل فيها لم تصح . وهل للعامل أجرة ؟ على وجهين . وان جعلا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصح ؟ على وجهين . فان قلنا لا تصح فهل للعامل أجرة ؟ على وجهين .

= قال ولو كان مغروساً ولو كان ناظر وقف وأنه لا يجوز لناظر بعده بيع نصيب الوقف بلا حاجة وأن لحاكم الحكم بلزومها فى محل النزاع فقط والحكم به من جهة عوض المثل ولو لم يقم به بينة لأنه الأصل فى العقود ، قال فى الفروع : ويتوجه اعتبار بنية وقدم فى المغنى والشرح أنه لا يصح

[فائدة] لو كان الاشتراك فى الغراس والأرض فسد وجهاً واحداً . وقال الشيخ تقى الدين : قياس المذهب صحته

(١) قوله « والمساقاة الخ » أى وكذا المزارعة وهذا المذهب وهو من مفرداته لما روى مسلم عن ابن عمر رضى الله عنهما فى قضية خيبر فقال رسول الله ﷺ « نقركم على ذلك ما شئنا » ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه . وقيل هى عقد لازم قال القاضى واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى واختار فى التبصرة أنها جائزة من جهة العامل لازمة من جهة المالك ، فعلى المذهب يبطلها ما يبطل الوكالة ولا تفتقر إلى ذكر مدة ويصح توقيتها ولكل واحد منهما فسخها ، فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهى بينهما وعليه تمام العمل ، وان فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له ، وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله

على قوله « ولا تفتقر إلى ذكر مدة » « لأنه عليه الصلاة والسلام لم يضرب لأهل خيبر مدة ولا خلفاؤه من بعده

على قوله « فهى بينهما » « على ما شرطاه ويلزم العامل تمام العمل

على قوله « فلا شيء له » « لأنه رضى بإسقاط حقه

على « قوله وان فسخ رب المال » « أى قبل ظهور الثمرة

وان مات العامل تمم الوارث ، فان أبى استؤجر على العمل من تركته ، فان تعذرت فلرب المال الفسخ(١) ، فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهو بينهما(٢) ، وان

على قوله « فعليه للعامل أجرة عمله » « أى أجرة مثـله لأنه منعه من إتمام عمله

على قوله « وهل للعامل أجرة على وجهين » « أى إذا ظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجرة مثله لأنه لم يرض إلا بعوض وهو جزء من الثمرة وهو موجود لكن لا يمكن تسليمه فاستحق أجرة المثل كالإجارة الفاسدة ، والثانى لا شىء له لأنه قد رضى بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع وكما لو لم تظهر الثمرة

على قوله « فهل تصح على وجهين » « أصحهما تصح لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل عدمه والمساقاة جائزة فيه

على قوله « فهل للعامل أجرة على وجهين » « أصحهما ـ وذكره فى المغنى وجهاً واحداً ـ له أجر المثل لأنه لم يرض بغير عوض وسواء حملت أو لا

على قوله « وإن مات العامل » « أو جن أو حجر عليه لسفه انفسخت على المذهب كرب المال ، وإن قيل بلزومها تمم الخ

(١) قوله « فإن أبى الخ » أى إذا أبى الوارث لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التى على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس كذلك

(٢) قوله « فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهى بينهما » أى لأنها حدثت على ملكيهما وكالمضاربة إذا انفسخت بعد ظهور الربح فيباع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لأجر ما بقى من العمل ، وان احتيج إلى بيع الجميع بيع ثم إن كانت الثمرة قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار باع نصيبه والحاكم نصيب العامل وبقية العمل عليهما ، وإن أبى باع الحاكم نصيب عامل فقط وما يلزمه يستأجر عنه والباقى لورثته ، وإن لم يبد صلاحها خير المالك فإن بيع لأجنبى لم يبع إلا بشرط القطع ولا يباع نصيب عامل وحده ، وفى شراء المالك له واستحقاق الميت أجرة وجهان ، وهكذا الحكم فى بيع الزرع فإنه إذا باعه قبل ظهوره لا يصح وإن باعه بعد اشتداد حبه صح

فسخ قبله فهل للعامل أجرة ؟ على وجهين[1] . وكذلك ان هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها[2] فان عمل فيها رب المال باذن حاكم أو إشهاد رجع به وإلا فلا[3]

فصل

ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزبار والتلقيح والتشميس واصلاح طرق الماء وموضع التشميس ونحوه ، وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان وإجراء الأنهار وحفر البئر والدولاب وما يديره ، وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا فلا ؛ وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد ، وان ثبتت خيانته ضم اليه من يشارفه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل العمل . واذا شرط إن سقى سيحا فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف أو إن زرعها شعيرا فله الربع وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين[4] .

---

(١) قوله « وإن فسخ قبله الخ » أي قبل ظهورها ، أظهرهما له الأجرة لأن العقد يقتضي العوض المسمى فإذا تعذر رجع إلى الأجرة كما لو فسخ بغير عذر ، والثاني لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته أشبه ما لو فسخ هو

(٢) قوله « وكذلك إن هرب العامل الخ » أي حكمه حكم ما إذا مات لأنهما اشتركا في تعذر العمل ، وظاهره أنه إذا وجد له مال أو أمكنه بالاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ذلك ، وكذا إذا وجد من يعمله بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة ، والصحيح من المذهب أن العامل ليس له أجرة قبل الظهور

(٣) قوله « وان عمل فيها رب المال الخ » أي بما أنفق لأن الحاكم نائب عن الغائب ولأنه إذا أشهد على الانفاق مع عجزه عن إذن الحاكم فهو مضطر فإذا ترك استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع فوجهان مبنيان على ما إذا قضى دينه بغير إذنه [فائدة] إذا بان الشجر مستحقاً فله أجرة مثله على غاصبه ولا شيء على ربه

(٤) قوله « وان شرط إن سقى سيحاً الخ » هذا المذهب لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة . والثاني يصح بناء على قوله في =

وإن قال ما زرعت من شعير فلى ربعه وما زرعت من حنطة فلى نصفه (١) أو ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجها واحدا (٢)

فصل فى المزارعة

وتجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع(٣) ، فان كان فى

= الاجارة ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم قاله فى الشرح وفيه شىء سيأتى وكقوله ما زرعت من شىء فلى نصفه لقصة أهل خيبر فإن زرعها جنسين فأكثر وبين قدر كل جنس وحقه منه صح وإلا فلا

(١) قوله « وإن قال ما زرعت الخ » أى لم يصح لأن ما يزرعه من كل منهما مجهول القدر فهو كما لو شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع ونصف الآخر

(٢) قوله « أو ساقيتك هذا الخ » أى لأنه شرط عقداً فى عقد فلم يصح كالبيع ، وكذا إن قال لك الخسان إن كانت عليك خسارة وإلا فلك الربع نص عليه وقيل بلى

[فائدة] إذا آجره الأرض وساقاه على الشجر فكجمع بيع وإجارة فيصح ، وإن كان حيلة فالمذهب بطلانه ، وذكر القاضى فى إبطال الحيل جوازه ، ثم إن كانت المساقاة فى عقد ثان فهل تفسد أو هما ؟ فيه وجهان . وإن جمعهما فى عقد فكتفريق صفقة وللمستأجر فسخ الإجارة ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : سواء صحت الإجارة أم لا فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابله من العوض

(٣) قوله « تجوز المزارعة الخ » وهذا قول أكثر العلماء . قال أبو جعفر : ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وابن سيرين وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهرى وابن أبى ليلى وأبى يوسف ومحمد وروى ذلك عن معاذ والحسن ، وقال البخارى عامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعى ومالك وأبو حنيفة ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما الأمران وأجازها الشافعى فى الأرض بين النخل =

الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح[1] ، ولا يشترط كون

= إذا كان بياض الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها فى الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى » وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال « ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة » متفق عليه ، وروى البخارى عن جابر رضى الله عنه قال : كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد رضى الله عنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة قال أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع » ، ولنا ما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر » متفق عليه ، وقال أبو جعفر « عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ثم على ثم أهلوهم اليوم يعطون الثلث والربع » وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به ، فإن قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا : مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون فى حياته ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وعمل به خلفاؤه ، وقد فسر رافع المنهى عنه بما لا يختلف فى فساده فإنه قال « كنا من أكثر الأنصار حقلا فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا عنه » متفق عليه . مع أن أحاديثه مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا وقد أنكره فقيهان من الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس

(١) قوله « فإن كان فى الأرض الخ » سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه وقال دفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، وسواء تساوى نصيب العامل فيهما أو اختلف وسواء كان بلفظ المعاملة أو المساقاة فلو زارعه على أرض فيها شجر لم =

البذر من رب الأرض وظاهر المذهب اشتراطه ، وان شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما الباقي أو شرطا لأحدهما قفزانا معلومة (١) أو دراهم معلومة (٢) أو زرع ناحية معينة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة (٣) ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر (٤) وعليه أجرة صاحبه (٥).

= يجز للعامل اشتراط ثمرتها لأنه اشترط كل الثمرة فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فرع) لا يجوز إجارة أرض وشجر فيها قال أحمد أخاف أنه استأجر ثمرا لم يثمر وذكر أبو عبيد تحريمه إجماعاً ، وجوزه ابن عقيل تبعاً ولو كان الشجر أكثر لأن عمر ضمن حديقة أسيد بن حضير لما مات ثلاث سنين لوفاء دينه رواه حرب ،وجوز الشيخ تقي الدين إجارة الشجر مفرداً ويقوم عليها المستأجر كأرض لزرع فإن تلفت الثمرة فلا أجرة ، وإن نقصت عن العادة فالفسخ أو الأرش لعدم المنفعة المقصودة وهو كجائحة

(١) قوله « وإن شرط رب الأرض الخ » لم يصح لانه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لان الارض لو لم تخرج إلا ذلك القدر لاختص به المالك وموضوعها على الاشتراك

(٢) قوله « أو دراهم الخ » لانه ربما لا تخرج الارض ما يساوى ذلك فيؤدى إلى الضرر

(٣) قوله « أو زرع الخ » أى بإجماع العلماء قيل هى المخابرة لان الخبر الصحيح فى النهى غير معارض

(٤) قوله « فالزرع الخ » أى لانه عين ماله ينمو كأغصان الشجر ويتقلب من حال إلى حال

(٥) قوله « وعليه الخ » أى لانه دخل على أن يأخذ ماسمى فإذا فات رجع إلى بدله « فعلى المذهب إن كان البذر من العامل فهو له وعليه أجرة مثل الارض ، وإن كان من رب الارض فهو له وعليه أجرة مثل العامل ، ولو دفع بذراً لصاحب أرض يزرعها فيها وما يخرج يكون بينهما فهو فاسد لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل فالزرع لمالك البذر وعليه أجرة الارض والعمل ، وقيل يصح مأخوذ من مسألة الاشتراك

وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا . والحصاد على العامل نص عليه . وكذلك الجذاذ . وعنه أن الجذاذ عليهما . واذا قال المزارع أنا أزرع الارض ببذرى وعواملى وتسقيها بمائك والزرع بيننا فهل يصح ؟ على روايتين (١) . وان زارع شريكه فى نصيبه صح (٢)

على قوله « وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا » * من الجواز واللزوم وأنها لا تجوز الا بجزء مشاع معلوم للعامل وما يلزمه ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها

(١) قوله « وإذا قال الخ » إحداهما يصح اختارها القاضى وصححها فى المغنى والشرح لان موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ، ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة ، والثانية بلى واختارها أبو بكر لأن الماء من جملة مايحتاج اليه المزارع لجاز جعله من أحدهما

(٢) قوله « وإن زارع الخ » أى بشرط أن يجعل له فى الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين يجعل للعامل الثلثين فيصير السدس حصته فى المزارعة فكأنه قال : زارعتك على نصيبى بالثلث فصح

(مسألة) لو اشترك ثلاثة من أحدهم البذر ومن الآخر الأرض ومن الثالث العمل على أن مهما فتح الله بينهم فهو فاسد نص عليه وقاله جماهير العلماء ، لأن موضوع المزارعة أن البذر من رب الأرض أو العامل وليست شركة ولا اجارة ، فعليه الزرع لصاحب البذر وعليه لصاحبيه أجرة مثلهما وفى الصحة تخريج وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى رواية اختاره

[فائدة] لو اشترك ثلاثة فى أرض لهم على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ماخرج منها بينهم على قدر مالهم جاز بغير خلاف نعلمه

﴿ فصل فى إجارة الأرض ﴾ تجوز إجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم فى قول عامة أهل العلم قال أحمد ما اختلفوا فى الذهب والورق ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن أكتراء الأرض وقتا معلوما جائز بالذهب والورق ، وروى عن الحسن وطاوس كراهة ذلك ، فأما إجارتها بطعام فتنقسم =

باب الاجارة

وهى عقد على المنافع (١) تنعقد بلفظ الاجارة والكراء وما فى معناهما، وفى لفظ البيع وجهان (٢). ولا تصح الا بشروط ثلاثة: (أحدها معرفة

= ثلاثة أقسام: أحدها أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، ومنع منه مالك واحتج مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال قال النبي ﷺ «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال «دعانى رسول الله ﷺ قال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها أو أمسكوها» متفق عليه. ولنا قول رافع «أما بشىء معلوم مضمون فلم ينهنا عنه» رواه مسلم، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إجارتها به كالأثمان، وحديث رافع محمل على إجارتها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل على ما إذا آجرها بالربع والأوسق، القسم الثانى إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان إحداهما المنع وهى التى ذكرها القاضى مذهبا وهى قول مالك لما ذكرنا من الاحاديث، والثانية جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو المذهب وهو قول أبى حنيفة والشافعى، الثالث إجارتها بجزء مشاع معلوم مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص جوازه، واختار أبو الخطاب لا، وهو قول أبى حنيفة والشافعى وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الأحاديث ولإنها إجارة بعوض مجهول، ونص أحمد فى الجواز يتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة

(١) قوله «على المنافع» أى فى قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك، وذكر بعض أن المعقود عليه العين

(٢) قوله «وفى لفظ البيع الخ» أحدهما يصح اختاره الشيخ تقى الدين وذلك بأن يقول بعتك نفعها قال فى قاعدة له والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ كان وهذا عام فى جميع العقود

المنفعة) إما بالعرف كسكنى الدار شهرا [١] وخدمة العبد سنة [٢] ، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين [٣] وبناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم [٤] ، وإذا استأجر للركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيرا ونحوه [٥]

---

(١) قوله « كسكنى الدار شهرا » هذا بلا نزاع ، لكن لو استأجرها للسكنى لم يعمل فيها حدادة ولا قصارة ولا يسكنها دابة والصحيح من المذهب أنه لا يجعلها مخزنا للطعام

(٢) قوله « وخدمة العبد الخ » ، لكن الخدمة تكون عرفا على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « كحمل زبرة الخ » لكن لو استأجره لحمل كتاب لحمله فوجد المحمول اليه غائبا فله الأجرة لذهابه على الصحيح من المذهب

على قوله « وعرضه وسمكه » ، فان بناه الأجير ثم سقط البناء فقد وفى الأجير ماعليه واستحق الاجرة كاملة لان سقوطه ليس من فعله ولا تفريطه ، هذا ان لم يكن سقوطه من جهة العامل ، فأما إن كان من جهته بأن فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه لتفريطه ، وان استأجره لبناء أذرع معلومة فبنى بعضها ثم سقط على أي وجه كان فعليه إعادة ماسقط وعليه تمام ما وقعت عليه الإجارة من الذرع مطلقا لأنه لم يوف بالعمل وعليه غرم ما تلف إن فرط . انتهى من شرح الاقناع

(٤) قوله « وإجارة أرض الخ » ، مفهوم كلامه أنه لو استأجر لزرع ما شاء أو غرس ماشاء أو لزرع وغرس ماشاء أنه لا يصح وهو أحد الوجهين وهو ظاهر ما جزم به فى الفائق وجزم به فى الشرح والوجيز ، والثانى وهو الصحيح من المذهب يصح ومفهوم كلامه أيضا لو قال للزرع والغرس وسكت أنه لا يصح وهو أحد الوجهين ، والوجه الثانى يصح وجزم به فى المغنى والشرح

(٥) قوله « ذكر المركوب الخ » ، هذا بلا نزاع ، ويشترط أيضا ما يركب به من سرج وغيره لان منافعها تختلف ، ويشترط معرفته برؤية أو صفة كبيع

[فائدة] لابد من معرفة الراكب إما برؤية أو صفة على الصحيح من المذهب ، ولا يشترط ذكر أنوثية الدابة ولا ذكوريتها على الصحيح من المذهب

فان كان للحمل لم يحتج الى ذكره [1]

فصل

و (الثانى معرفة الأجرة) بما تحصل به معرفة الثمن [2] إلا أنه يصح أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته [3] وكذلك الظئر [4] ، ويستحق أن تعطى عند الفطام عبدا أو وليدة إذا كان المسترضع موسرا [5]، وإن دفع ثوبه إلى

---

(١) قوله « وإن كان للحمل الخ » أى إذا كان لاتضره كثرة الحركة ، وإن كان يضره كثرة الحركة كالزجاج والخزف والتفاح ونحوه اشترط معرفة حامله على الصحيح من المذهب

[فائدة] يشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفه وذكر جنسه وقدره بالكيل أو بالوزن على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « الثانى معرفة الأجرة الخ » بغير خلاف نعلمه لما روى أبو سعيد رضى الله عنه « أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره » رواه أحمد ، ويعتبر العلم بها مضبوطا بالكيل أو الوزن ، فان كان معلوما بالمشاهدة كصبرة نقد أو طعام فوجهان ، فلو أجره الدار بعمارتها لم يصح للجهالة ، ولو آجره بعين على أن مايحتاج اليه ينفقه المستأجر محتسبا به من الأجرة صح ؛ ولو شرط أن يكون عليه خارجا من الأجرة لم يصح

(٣) قوله « الا أنه يصح الخ » هذا المذهب وهو مذهب مالك وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضى الله عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ان موسى آجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه » رواه ابن ماجه ، وعنه لا يجوز وهو مذهب أبي حنيفة واختاره القاضى لانه مجهول

(٤) قوله « وكذلك الظئر » إجماعا لقوله تعالى ﴿فان أرضعن لكم﴾ الآية واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم ، فان جعل الأجر طعامها وكسوتها جاز على المذهب لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ فعلى المذهب لو تنازعا فى الطعام والكسوة رجع فيهما إلى العرف

(٥) قوله «ويستحب الخ» لما روى أبو داود باسناده عن حجاج بن حجاج =

خياط أو قصار ليعملاه ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك (١) وإن لم يعقدا عقد إجارة وكذلك دخول الحمام والركوب فى سفينة الملاح ، وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة (٢)، وتجوز إجارة الحلى بأجرة من جنسه (٣) وقيل لاتصح ، وان قال إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم فهل يصح ؟ على روايتين (٤). وان قال إن خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فعلى وجهين. وان أكراه دابة وقال إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة وإن رددتها غدا فكراؤها عشرة فقال أحمد رضى الله عنه لا بأس به ، وقال القاضى يصح فى

= الاسلمى عن أبيه قال « قلت يارسول الله مايذهب عنى مذمة الرضاع ؟ قال : الغرة ، العبد أو الأمة » أى لأن ذلك سبب حياة الولد فاستحب للموسر جعل الجزاء رقبة لتناسب مابين النعمة والشكر ، وأوجبه أبو بكر قال الشيخ تقى الدين رحمه الله لعل هذا فى المتبرعة ، وقال يستحب اعتاقها إن كانت أمة

(١) قوله « وإن دفع ثوبه الخ » أى لان العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول ، والصحيح من المذهب أن له الاجرة مطلقا ، وكذا لو حلق رأسه أو غسله أو شرب منه ماء

(٢) قوله « وتجوز إجارة دار الخ » أى لقصة شعيب لانه جعل النكاح عوض الاجرة ، ومنعه أبو حنيفة فى المتفق دون المختلف كسكنى دار بمنفعة بهيمة

(٣) قوله « ويجوز اجارة الحلى الخ » هذا المذهب وقاله أكثر العلماء

(٤) قوله « وان قال الخ » إحداهما لا يصح وهو المذهب وبه قال مالك والثورى والشافعى لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير ، وكذا إن قال إن زرعتها برا فبخمسة وإن زرعتها أرزا فبعشرة

على قوله « فعلى وجهين » * أحدهما لا يصح وهو المذهب ، وعنه فيمن استأجر رجلا يحمل كتابا إلى الكوفة فقال ان أوصلته يوم كذا فلك عشرون وان تأخرت بعده فلك عشرة أنها فاسدة وله أجر المثل

اليوم الأول دون الثانى ، وإن أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد رضى الله تعالى عنه هو جائز وقال القاضى يصح فى العشرة وحدها . ونص أحمد رحمه الله تعالى على أنه لايجوز أن يكترى لمدة غزاته[1] ، وان سمى لكل يوم شيئاً معلوما فجائز ، وان أكراه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص أنه يصح [2] وكل ما دخل شهر لزمهما حكم الاجارة ، ولكل واحد منهما الفسخ عند تقضى كل شهر ، وقال أبو بكر وابن حامد لا يصح

فصل

(الثالث أن تكون المنفعة مباحة مقصودة) فلا تجوز الاجارة على الزنا والزمر والغناء ، ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر ، ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة والخمر ، وعنه يصح ويكره أكل أجرته

---

(١) قوله « ونص أحمد الخ » وهو المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، لان المدة مجهولة والعمل مجهول ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ، فعلى هذا إن فعل فله أجر المثل كالإجارات الفاسدة

(٢) قوله « وإن أكراه كل شهر الخ » هذا المذهب لما روى عن على رضى الله عنه قال « جعت مرة جوعا شديدا فخرجت أطلب العمل فى عوالى المدينة فاذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا فظننت أنها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب بتمرة فمددت ستة عشر ذنوبا فعدت لى ست عشرة تمرة ، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته فأكل معى منها » رواه أحمد ، ومثله إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم

[تنبيه] ظاهر قوله « ولكل واحد منهما الخ » أن الفسخ يكون قبل دخول الشهر الثانى وهو اختيار أبى الخطاب والمصنف والشيخ تقى الدين ، والصحيح من المذهب أن الفسخ لا يكون إلا بعد فراغ الشهر وهو على الفور فى أول الشهر

على قوله « والزمر والغناء » * ولا إجارة كاتب يكتب ذلك وكذا كتابة شعر محرم أو بدعة أو كلام محرم لانه انتفاع محرم

على قوله « ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة » أى للأكل

فصل

والاجارة على ضربين : أحدهما إجارة عين ، فتجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه[1] وحيوان ليصيد به[2] إلا الكلب واستئجار كتاب يقرأ فيه[3] إلا المصحف فى أحد الوجهين[4] واستئجار النقد للتحلى والوزن لا غير[5] ، فان أطلق الاجارة لم يصح فى أحد الوجهين ويصح فى الآخر

---

(١) قوله « فيجوز له استئجار حائط الخ » أى إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يجوز ، ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها

(١) قوله « ويجوز استئجار حيوان الخ » أى كالفهد والبازى فى مدة معلومة لأنه منفعة مباحة مقدور على تسليمها ، فاما إجارة سباع البهائم والطير التى لا تصلح للصيد فلا تجوز إجارتها وكذلك إجارة الكلب والخنزير ولو كان يصيد ويحرس لأنه لا يجوز بيعه . ويتخرج جواز إجارة الكلب الذى يجوز اقتناؤه لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له فجازت إجارته . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

(٣) قوله « واستئجار كتاب الخ » أى فيه علم مباح للانتفاع بها من القراءة والنسخ والرواية وغير ذلك وهذا مذهب الشافعى ، وكذلك يجوز استئجار كتاب فيه خط حسن يجود خطه عليه

(٤) قوله « إلا المصحف » هذا المذهب إجلالا لكتاب تعالى وكلامه عن المعاوضة ، والثانى يصح وهو مذهب الشافعى لانه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فكذا الإجارة

[فائدة] ماحرم بيعه حرمت إجارته إلا الحر والوقف وأم الولد فانه تجوز إجارتهم وإن حرم بيعهم

(٥) قوله « واستئجار النقد الخ » أى كدنانير ودراهم مدة معلومة لانه أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهذا المذهب ، ويجوز أن يستأجر نخلا ليجفف عليها الثياب ويبسطها عليها ليستظل بها ، ولاصحاب الشافعى فى ذلك وجهان . ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب كالعنبر والصندل وقطع الكافور للشم

وينتفع بها فى ذلك ، ويجوز استئجار ولده لخدمته [١] وامرأته لرضاع ولده وحضانته [٢] . ولا يصح إلا بشروط خمسة : (أحدها) أن يعقد على نفع العين دون أجزائها ، فلا تصح إجارة الطعام للاكل ولا الشمع ليشعله ولا حيوان لأخذ لبنه [٣] إلا فى الظئر [٤] ونقع البئر يدخل تبعا . (الثانى) معرفة

على قوله « فان أطلق الإجارة » « أى فى الحلى بأن لم يقل للتحلى أو للوزن

على قوله « وينتفع بها فى ذلك » « أى فى التحلى والوزن لاغير

(١) قوله « ويجوز استئجار ولده الخ » أى كالأجنبي وسائر أقاربه إلا الأب فانه يجوز على المذهب ويكره

(٢) قوله « وامرأته الخ » هذا المذهب سواء كان منها أو من غيرها وكذا حضانته بائنا كانت المرأة أو فى حباله لقوله تعالى ﴿ فان أرضعن لكم ﴾ الآية وقوله عليه الصلاة والسلام « لا ترضع الحمق » يدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها ، ولأن كل عقد يصح مع غير الزوج يصح معه كالبيع ، وقال القاضى لايجوز وهو قول أصحاب الرأى وحكى عن الشافعى لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر

[فائدة] يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلى فيه ، وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لايجوز لان فعل الصلاة لايجوز استحقاقه بعقد الإجارة بحال . ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار الغير لها كالسكنى . ويفارق الصلاة فانها لاتدخل النيابه فيها بخلاف المسجد

على قوله « ولا تصح » « إجارة العين

(٣) قوله « ولا حيوان الخ » كاستئجار الإبل والبقر والغنم ليأخذ لبنها أو يسترضعها لسخاله أو لولده ، ولا ليأخذ صوفها أو شعرها ووبرها ، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرها أو شيئا من عينها لان الاجارة بيع المنافع فلا تدخل الاجزاء فيها ، ولان هذا لاينتفع به إلا باتلاف عينه ، واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جواز إجارة الحيوان لاخذ لبنه فان أقام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشجرة ، وإن علفها ربها وأخذ المشترى اللبن فبيع وليس هذا بغرر

(٤) قوله « إلا فى الظئر » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ فان أرضعن لكم ﴾ =

العين برؤية أو صفة [١] فى أحد الوجهين وتصح فى الآخر بدونه [٢]، وللمستأجر خيار الرؤية . (الثالث) القدرة على التسليم ، فلا تصح إجارة الآبق والشارد ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه ، ولا تجوز إجارة المشاع مفردا لغير شريكه [٣] ، وعنه ما يدل على جوازه [٤] . (الرابع) اشتمال العين على المنفعة ، فلا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل ولا أرض لا تنبت للزرع . (الخامس) كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها [٥]، فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه [٦] ، ويجوز للمؤجر وغيره

= الآية والفرق بينها وبين البهائم أنه يحصل منهـا عمل من وضع الثدى فى فم المرتضع بخلاف البهيمة

(١) قوله « معرفة العين برؤية » أى إن كانت لا تنضبط بالصفات كالدار والحمام « أو بصفة » إن كانت تنضبط بها كالبيع وهذا المذهب

(٢) قوله وتصح الخ ، وهذا قول أصحاب الرأى كالبيع اذ الخلاف ههنا مبنى على الخلاف فى البيع ، ولا يجوز استئجار الفحل للضراب وهـو ظاهر مذهب الشافعى لأنه ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه ، وخرج أبو الخطاب وجها فى جوازه بناء على إجارة الظئر لأن الحاجة تدعو اليه وهو قول الحسن وابن سيرين

(٣) قوله « ولا تجوز إجارة المشاع الخ » هذا المذهب وهو قول أبى حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له عليه فلم يصح

(٤) قوله « وعنه الخ » اختاره أبو حفص العكبرى وأبو الخطاب والحلوانى وصاحب الفائق وغيرهم قال فى المبدع وعليه العمل واختاره الحافظ ابن عبد الهادى فى حواشيه قال فى الإنصاف : وهو الصواب وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرز

(٥) قوله « الخامس الخ » هذا المذهب لأنها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك ، وقيل يصح ويقف على إجازة المالك كالبيع

(٦) قوله « فيجوز للمستأجر الخ » هذا المذهب إذا قبضها نص عليه ، لأن المنفعة لما كانت مملوكة له جاز أن يستوفيها بنفسه ونائبه ولا يجوز لمن هو أكثر ضررا منه

بمثل الأجرة وزيادة (١) ، وعنه لا يجوز بزيادة ، وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا ، وللمستعير إجارتها اذا أذن له المعير مدة بعينها (٢) ، وتجوز اجارة الوقف (٣) ، فان مات المؤجر فانتقل الى من بعده لم تنفسخ الاجارة فى أحد الوجهين (٤) وللثانى حصته من الربح ، فاذا أجر الولى اليتيم

---

(١) قوله « ويجوز للمؤجر الخ » هذا المذهب لان كل عقد جاز برأس المال جاز بأكثر كبيع المبيع بعد قبضه ، فعلى هذا ليس للمؤجر الاول مطالبة المستأجر الثانى بالاجرة لان غريم الغريم ليس بغريم قال فى شرح الاقناع : قلت إن غاب المستأجر الاول أو امتنع فللمؤجر رفع الامر للحاكم فيأخذ من المستأجر الثانى ويوفيه أجرته أو من مال المستأجر الاول إن كان

على قوله « بمثل الاجرة وزيادة » ، ولو لم يقبض المستأجر العين على المذهب لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه بخلاف المكيل والموزون الا اذا كانت الإجارة لمؤجر بزيادة حيلة كعينة بأن آجرها بأجرة حالة نقدا ثم استأجرها بأكثر نسيئة

(٢) قوله « وللمستعير الخ » أى لانه لو أذن له فى بيعها لجاز فكذا فى إجارتها ، والاجره لربها دون المستعير ولا يضمن المستأجر من المعير

(٣) قوله « وتجوز إجارة الوقف » هـذا المذهب لان منافعه مملوكة للموقوف عليه

(٤) قوله « فان مات المؤجر الخ » أحدهما لا تنفسخ الإجارة بموت المؤجر قال فى الانصاف : وهو المذهب على ما اصطلحناه كما لو عزل الولى وناظر الوقف ، والوجه الثانى تنفسخ جزم به القاضى فى خلافه وأبو الحسين واختاره ابن عقيل وابن عبدوس فى تذكرته والشيخ تقى الدين قال ابن رجب فى قواعده وهو المذهب الصحيح لان الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقيا عن الواقف بانقراض الطبقة الاولى ، قال فى الانصاف : وهو الصواب وهو المذهب

[تنبيه] محل الخلاف إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق ، فاما إن كان المؤجر هو الناظر العام أو من شرط له وكان أجنبيا لم تنفسخ الاجارة بموته قولا واحدا قاله المصنف والشارح والشيخ تقى الدين وابن رجب وغيرهم ، =

أو السيد العبد ثم بلغ الصبي وعتق العبد لم تنفسخ الإجارة [١] ، ويحتمل أن تنفسخ

فصـــل

وإجارة العين تنقسم قسمين : (أحدهما) أن تكون على مدة معلومة كإجارة الدار شهرا والارض عاما والعبد للخدمة أو للرعى مدة معلومة

= وقال ابن رجب أما إذا شرطه للموقوف عليه أو أتى بلفظ يدل على ذلك فأفتى بعض المتأخرين بالحاقه بالحاكم ونحوه وأنه لا ينفسخ قولا واحدا ، وأدخله ابن حمدان فى الخلاف قال الشيخ تقى الدين : وهو الأشبه

على قوله « والثانى حصته من الأجرة » « أى من حين موت الأول ، فان كان قبضها رجع فى تركته بحصته لأنه تبين عدم استحقاقه لها فان تعذر أخذها فظاهر كلامهم تسقط ، وإن لم يقبض فمن مستأجر ، وذكر الشيخ تقى الدين أنه ليس لناظر وقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة ، ولو شرطه لم يجز لأن الموقوف عليه يأخذ ما لم يستحقه الآن ، وعليه للبطن الثانى أن يطالبوا بالاجرة للمستأجر

(١) قوله « فان آجر الولى الخ » هذا المذهب لانه تصرف له تصرفا لازما فلا ينفسخ ببلوغ الصبى كما لو زوجه أو باع عقاره ، فعلى المذهب لا يرجع العتيق على سيده بشىء من الأجرة على الصحيح من المذهب ، وقيل يرجع بحق ما بقى كما تلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجر

[تنبيه] محل الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها ، فأما إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها فانها تنفسخ على الصحيح من المذهب كما إذا آجره سنتين وهو ابن أربع عشرة وقيل لا تنفسخ أيضا قدمه فى القاعدة السادسة والثلاثين وقال هذا الأشهر ، واختاره القاضى وأصحابه ، وهو ظاهر ما قدمه الشارح ، وهكذا العبد إذا علم السيد عتقه فى المدة التى وقعت عليها الإجارة بأن كان عتقه معلقا على شىء انفسخت وقت عتقه

على قوله « فان آجر الولى اليتيم » « مدة أو آجر ماله مدة

ويسمى الأجير فيها الاجير الخاص . ويشترط أن تكون المدة معلومة [(١)] يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت [(٢)] ، ولا يشترط أن تلى العقد فلو أجره سنة خمس فى سنة أربع صح سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن [(٣)] . واذا آجره فى أثناء شهر سنة استوفى شهرا بالعدد وباقيها بالأهلة وعنه يستوفى الجميع بالعدد ، وكذلك الحكم فى كل ماتعتبر فيه الأشهر كعدة

---

(١) قوله « ويشترط كون المدة معلومة » هذا المذهب لان المدة هى الضابطة للمعقود عليه المعرفة له ، لكن لو علقها على مايقع اسمه على شيئين كالعيد وجمادى وربيع فهل يصح ويصرف إلى الاول أو لا يصح حتى يعين ؟ فيه وجهان : الاول اختيار المصنف وجماعة من الاصحاب ، والثانى المذهب

(٢) قوله « يغلب الخ » هذا المذهب

[فائدة] ليس لوكيل مطلق إجارة مدة طويلة ، بل العرف كسنتين ونحوهما قاله الشيخ تقى الدين وهو المذهب ، قال فى الانصاف قلت : الصواب الجواز إن رأى فى ذلك مصلحة ويعرف بالقرائن . والذى يظهر أن الشيخ تقى الدين لايمنع ذلك . انتهى

(٣) قوله « ولا يشترط أن تلى العقد الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى لايصح إلا أن يستأجرها من هى فى يده ففيه قولان لانه عقد على مالا يمكن تسليمه فى الحال ، ولنا أنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة كالتى تلى العقد ، وإنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم فانه لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد ، إذا ثبت هذا فان الإجارة إن كانت على مدة تلى العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها ويكون ابتداؤها فى حين العقد ، وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها كانتهائها وهذا المذهب ، فان أطلق وقال آجرتك سنة أو شهرا صح وكان ابتداؤها من حين العقد وهو قول أبى حنيفة ومالك ، وقال الشافعى وبعض أصحابنا : لايصح حتى يسمى الشهر ويذكر أى سنة هى

على قوله « بالاهلة » « وهذا المذهب

على قوله « وشهرى صيام الكفارة » « وكذا النذر ومدة الخيار وغير ذلك

الوفاة وشهرى صيام الكفارة .(القسم الثانى) إجارتها لعمل معلوم كاجارة الدابة للركوب الى موضع معين [1] أو بقر لحرث مكان أو دياس زرع أو استئجار عبد ليدله على طريق [2] أو رحى لطحن قفزان معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف

على قوله « القسم الثانى اجارتها » . أى العين

(١) قوله « كاجارة الدابة الخ » أى لأنها خلقت له وقد أخرجاه فى الصحيحين ، ويعتبر معرفة الأرض بالمشاهدة لاختلافها بالصلابة والرخاوة ، وتقدير العمل إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الأرض كهذه أو بالمساحة كجريب ، فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التى يعمل عليها

[فائدة] يجوز أكتراء الحيوان لغير ما خلق له كالبقر للركوب أو الحمل والإبل والحمر للحرث لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها

(٢) قوله « أو استئجار عبد الخ » أى لأنه ﷺ وأبا بكر رضى الله عنه وأرضاه استأجرا عبد الله بن الأريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلهما على طريق المدينة ، ولو عبر بمن لعم

[مسائل] الأولى يجوز استئجار كيال أو وزان أو عداد وزراع ونقاد لعمل معلوم أو فى مدة معلومة بغير خلاف نعلمه

(الثانية) يجوز أن يستأجر رجلا ليلازم غريماً يستحق ملازمته ، وعنه يكره

(الثالثة) يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقنى ، ولا بد من معرفة الأرض التى يحفر فيها لأن الأرض تختلف بالصلابة وضدها ، ولا بد من معرفة دور البئر وعمقها وآلاتها ان طواها ، وان حفر بئرا فعليه شيل ترابها منها أى البئر لأنه لا يمكن حفرها إلا به ، فإن تهور تراب من جانبها أو سقطت فيه بهيمة ونحو ذلك لم يلزم الأجير شيله ، فإن وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره وله الفسخ فإن فسخ فله من الأجر بقسط ما عمل . وهذا المذهب فى ذلك كله

على قوله « وحمل إلى موضع معين » . هذا صحيح بلا نزاع ، ويلزمه الشروع =

فصل

(الضرب الثانى) عقد على منفعة فى الذمة مضبوطة بصفات كالسلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل الى موضع معين ، ولا يكون الأجير فيها إلا آدميا جائز التصرف ، ويسمى الأجير المشترك . ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل[١] كقوله استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب فى يوم ويحتمل أن يصح ، ولا تصح الاجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كالحج والأذان ونحوهما[٢] ، وعنه تصح[٣] فان استأجره ليحجمه

= فيه عقب العقد ، فلو ترك ما يلزمه فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى بلا عذر فتلف بسببه ضمنه ، وله الاستنابة فان مرض أو هرب اكترى من يعمل عليه ، فان شرط له مباشرته بنفسه فلا ولا استنابة إذن

(١) قوله « ولا يجوز الجمع الخ » هذا المذهب لأن الجمع بينهما يزيد الإجارة غررا لا حاجة اليه ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء اليوم ، فإن استعمل فى بقيته فقد زاد على ما وقع العقد عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل فى بعضه فهذا غرر ، ويحتمل أن يصح وهو رواية كالجعالة ، فعلى الصحة لو أتمه قبل فراغ المدة فلا شئ عليه ، ولو مضت المدة قبله فله الفسخ قاله فى الفائق وغيره

(٢) قوله « ولا تصح الإجارة الخ » وكإمامة صلاة وقراءة قرآن ، قال فى الرعاية والقضاء وهذا المذهب لما روى عبادة قال « علمت ناساً من أهل الصفة القرآن فأهدى لى رجل منهم قوساً فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال : إن سرك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها » وعن أبى بن كعب أنه علم رجلا سورة من القرآن فأهدى له خميصة أو ثوباً فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال « إنك لو لبستها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار » رواهما الأثرم

(٣) قوله « وعنه تصح » أى لانه عليه الصلاة والسلام زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه ، فإذا جاز تعليم القرآن فى النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه ، ولحديث أبى سعيد فى الرقية ، ولانه يجوز أخذ الاجرة عليه من بيت المال فجاز من غيره مع أن الحاجة داعية إلى الاستنابة فى الحج ، وكمن أعطى بلا شرط نص عليه وقيل يصح للحاجة ذكره الشيخ تقى الدين واختاره وقال =

صح (١) ، ويكره للحر أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبهائم (٢) ، وقال القاضى لا تصح

= لا يصح الاستئجار على القراءة وإهداؤها إلى الميت لانه لم ينقل عن أحد من الأئمة الاذن فى ذلك . وقد قال العلماء إن القارئ إذا قرأ لاجل المال فلا ثواب له فأى شئ يهدى إلى الميت وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح ، والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الائمة ، وإنما تنازعوا فى الاستئجار على التعليم ، والمستحب أن يأخذ الحاج عن غيره ليحج لا أن يحج ليأخذ . فمن أحب إبراء ذمة الميت أو رؤية المشاعر يأخذ ليحج ، ومثله كل رزق أخذ على عمل صالح ففرق بين من يقصد الدين فقط والدنيا وسيلة أو عكسه ، والاشبه أن عكسه ليس له فى الآخرة من خلاق . قال وحجه عن غيره ليستفضل ما يوفى دينه الافضل تركه لم يفعله السلف ، ويتوجه فعله لحاجة قاله صاحب الفروع ونصره ، ونقل ابن هانىء فيمن عليه دين وليس له ما يحج أيحج عن غيره ليقضى دينه ؟ قال نعم

[فوائد] * الاولى : تعليم الحديث والفقه ملحق بما تقدم على الصحيح . وقيل يصح هنا وإن منعناه فيما تقدم اختاره المصنف والشارح وهو المذهب على المصطلح

(الثانية) لا بأس بأخذ الاجرة على الرقية نص عليه قاله الشيخ تقى الدين

(الثالثة) يحرم أخذ أجرة وجعالة على مايتعدى نفعه كصوم وصلاة خلفه ونحوهما

(الرابعة) يجوز أخذ الرزق على ما يتعدى نفعه على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وإن استأجره ليحجمه صح » هذا المذهب لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال « احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره » قال ابن عباس رضى الله عنهما ولو كان حراماً لم يعطه متفق عليه

(٢) قوله « ويكره الخ » أى على القول بصحته وهو المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام « كسب الحجام خبيث » متفق عليه ، ولا يلزم منه التحريم فإنه قد سمى البصل والثوم خبيثين مع إباحتهما ، وخص الحر بذلك تنزيهاً له ، وعنه يحرم

فصـــل

وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله (١) ، ولا يجوز بما هو أكثر

[فائدة] يجوز الاستئجار لغـــير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شئ من جسده للحاجة اليه واستئجار من يقلع ضرسه ، فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه جناية ، ولا فرق فى ضمانها بعد العمد والخطأ إلا فى القصاص وعدمه

(١) قوله « وللمستأجر استيفاء المنفعة الخ » أى لأن أصل العقد يراد للعاقد ، ولو شرط عليه المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه فسد الشرط ولم يلزم الوفاء لأنه شرط ينافى مقتضى العقد إذ مقتضاه الملك ، ومن ملك شيئا استوفاه بنفسه وبنائبه

[فائدتان] : يعتبر كون المنفعة المعقود عليها للمستأجر ، فلو اكترى دابة لركوب المؤجر لم يصح العقـد لئلا يلزم تحصيل الحاصل إذ المنفعة ملك للمؤجر قبل العقد عليها فلو صح استئجارها لزم تمليكه ما هو فى ملـكه ، وإذا استأجر لنفسه كان له إعارتها للمؤجر كغيره ، فلو أعار المستأجر العين المؤجرة فتلفت عند المستعير من غير تفريط لم يضمنها على الصحيح من المذهب

(الثانية) لو أكتراها ليركبها إلى موضع معين أو يحمل عليها آلته فأراد العدول إلى مثلها فى المسافة والحزونة والأمن أو التى يعدل اليها أقل ضرراً جاز على الصحيح من المذهب ، فإن سلك أبعد أو أشق فأجرة المثل ، وقيل المسمى وأجرة الزائد والمشقة ، قال الشارح وهو قياس المنصوص

على قوله « فله زرع الشعير ونحوه » ، لأنه أقل ضرراً منه

على قوله « وليس له زرع الدخن ونحوه » ، لأنه فوقه فى الضرر ، فإن فعل لزمه المسمى مع تفاوتهما فى أجر المثل نص عليه

على قوله « وإن أكتراها لأحدهما لم يملك الآخر » ، لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر ، فان اكترى أرضاً ازرعها أو يغرسها لم يصح قطع به كثير من الأصحاب منهم المصنف والشارح لأنه لم يعين ، وإن قال لتزرعها بما شئت وتغرسها ماشئت صح قطع به المصنف والشارح ، وإن قال لتنتفع بها ماشئت فله

ضررا منه ولا بمن يخالف ضرره ضرره ، وله أن يستوفى المنفعة ومادونها فى الضرر من جنسها فاذا اكترى لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه ، وليس له زرع الدخن ونحوه ، ولا يملك الغرس ولا البناء ، وان اكتراها لاحدهما لم يملك الآخر ، فان اكتراها للغرس ملك الزرع وان اكترى دابة للركوب أو الحمل لم يملك الآخر (١)، وان اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر ، وان فعل فعليه أجرة المثل (٢)، وان اكتراها لحمولة شىء فزاد عليه أو الى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد ذكره الخرقى ، وقال أبو بكر عليه أجرة المثل للجميع ، وان تلفت ضمن قيمتها (٣) إلا أن تكون فى يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها فى أحد الوجهين (٤)

= الزرع والغرس والبناء كيف شاء قاله فى الرعاية الكبرى وغيره واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

(١) قوله « وإن اكترى دابة للركوب الخ » أى لاختلاف الضرر ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته فلا يملك الحمل والركوب أشد على الظهر

(٢) قوله « فعليه أجرة المثل » يعنى إذا فعل مالا يجوز فعله من زرع وبناء وغرس وركوب وحمل ونحوه ، والصحيح من المذهب أنه يلزم المسمى مع تفاوتهما فى أجرة المثل نص عليه

(٣) قوله « وان تلفت ضمن قيمتها » سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها الى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن

على قوله « وأجرة المثل للزائد » وهذا المذهب

(٤) قوله « الا أن تكون الخ » أى لأنه اجتمع عليها يدان يد صاحبها ويد المستأجر ، فالذى يقابله النصف والثانى يلزمه القيمة كلها حيث لم يرض مالكها وهو المذهب ، لأن اليد للراكب وصاحب المحل ، وسكوت صاحبها لا يدل على الرضا كما لو بيع ملكه وهو ساكت ، الا أن يكون للمستأجر على العين المؤجرة شىء وتلفت فى يد صاحبها بسبب غير حاصل من الزيادة بأن افترسها سبع أو سقطت فى هوة أو جرحها إنسان فماتت فإنه لا ضمان على المكترى لأنها =

فصل

ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الأحمال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ، ومفاتيح الدار وعمارتها وما جرت عادته به ، فأما تفريغ البالوعة والكنف فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة

فصل

والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لاحدهما فسخها[1] وان بدا له قبل تقضى المدة فعليه الاجرة[2] ، وان حوله المالك قبل تقضيها لم يكن له أجرة لما سكن نص عليه ، ويحتمل أن له من الاجرة بقسطه ، وإن هرب الاجير حتى

= لم تتلف فى يد عادية وإن كان بسببها كتعبها من الحمل الذى زاد فيه أو السير الذى زاد فيه المستأجر ضمن المستأجر لأنها تلفت بسبب حاصل من تعديه

(١) قوله « ليس لأحدهما فسخها » أى بعد انقضاء خيار المجلس أو الشرط إلى أن يجد العين معيبة عيباً لم يعلم به فله الفسخ بغير خلاف نعلمه ، والعيب الذى يفسخ به ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة ، فإن رضى المستأجر بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الأجرة المسماة ولا أرش له ، فإن اختلفا هل هو عيب أم لا رجع إلى أهل الخبرة ، وهذا إذا كان العقد على عينها ، فإن كانت موصوفة فى الذمه لم ينفسخ العقد وعلى المكترى إبدالها ، فإن عجز عن إبدالها أو امتنع ولم يمكن إجباره فللمكترى الفسخ

على قوله « ليس لأحدهما فسخها » وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة

(٢) قوله « وإن بدا له قبل الخ » هذا المذهب ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها فإن تصرف ويد المستأجر عليها بأن سكن المؤجر الدار أو أجرها لغيره لم تنفسخ الاجارة وعلى المستأجر جميع الأجرة وله على المالك أجرة المثل لما سكنه أو تصرف فيه ، فعليه إن كانت أجرة المثل بقدر الأجرة المسماة فى العقد لم يجب على المستأجر شىء

على قوله « قبل تقضيها » أو امتنع الأجير من تكميل العمل كمن اكترى دابة =

انقضت المدة انفسخت الاجارة[1]، وإن كانت على عمل خير المستأجر بين الفسخ والصبر[2]، وإن هرب الجمال أو مات وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمال أو أذن للمستأجر فى النفقة عليها[3] فاذا انقضت الاجارة باعها الحاكم

═ وامتنع المكرى من تسليمها فى بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة وامتنع من إتمامها أو آجر نفسه أو عبده لبناء حائط أو خياطة ثوب أو حفر بئر أو حمل شىء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه

على قوله « نص عليه » » وهو المذهب المنصوص وهو من مفرداته لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة

(١) قوله « وإن هرب الأجير الخ » أى أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه من استيفاء المنفعة من غير هرب لم تنفسخ الإجارة بذلك للزومها ويثبت للمستأجر خيار الفسخ فإن فسخ فلا كلام وإن لم يفسخ وكانت الإجارة على مدة انفسخت بمضيها يوماً فيوماً ، فان عادت العين فى أثنائها استوفى المستأجر ما بقى من المدة ، وان انقضت المدة انفسخت وهذا المذهب

(٢) قوله « وان كانت على عمل الخ » أى كخياطة ثوب ونحوه وحمل شىء إلى موضع معين استأجر الحاكم من ماله من يعمل العمل فان تعذر بان لم يكن له مال فله الفسخ فان لم يفسخ وصبر فله مطالبته بالعمل متى أمكن لبقائه فى ذمته ، وكل موضع امتنع الأجير من إتمام العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة إذا كان بعد عمل البعض فلا أجرة له لما سبق ، لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة فلم يستحق شيئاً

(٣) قوله « وإن هرب الجمال الخ » إذا اتفق المستأجر على الجمال والحالة ما تقدم باذن الحاكم رجع بما أنفقه بلا نزاع ، وإن لم يستأذنه ونوى الرجوع ففيه الروايتان اللتان فيمن قضى ديناً عن غيره بغير إذنه على ما تقدم فى باب الضمان ، والصحيح منهما أنه يرجع ، وان لم ينو فلا رجوع ، ولا يعتبر الإشهاد على نية الرجوع ، وكذا لا يعتبر تعذر استئذان الحاكم ، وإن اختلفا فيما أنفق وكان الحاكم قدر النفقة قبل قول المكترى فى إنفاق ذلك دون ما زاد ، وان لم يقدر الحاكم قبل قول المستأجر فى قدر النفقة بالمعروف وهذا المذهب فى ذلك كله

ووفى المنفق وحفظ باقى ثمنها لصاحبه . وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها[١] وموت الصبى المرتضع وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة[٢]. وانقلاع الضرس الذى اكترى لقلعه أو برئه ونحو هذا . وان اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة فى أحد الوجهين[٣]، وفى الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ ولا تنفسخ بموت المكرى والمكترى[٤] ولا بعذر لاحدهما[٥] مثل أن يكترى

---

(١) قوله « وتنفسخ الاجارة الخ » أى فان تلفت فى أثنائها انفسخت فيما بقى من المدة خاصة وله من المسمى بالقسط

(٢) قوله « وموت الراكب الخ » هذا إحدى الروايتين اختاره المصنف والشارح ، والمذهب أن الاجارة لا تنفسخ بموت الراكب ولو لم يكن له من يقوم مقامه ، لأن المعقود عليه إنما هو منفعة الدابة دون الراكب لما تقدم من أن مستاجر الدابة للركوب له أن يركب من يماثله

(٣) قوله « وان اكترى داراً الخ » هذا المذهب ، لأن المقصود بالعقد قد فات أشبه ما لو تلف ، وقيل لا ينفسخ ويثبت للمستاجر خيار الفسخ وهو رواية واختاره القاضى

(٤) قوله « ولا تنفسخ بموت المكرى الخ » هـذا المذهب مطلقاً ، قال ابن المنجا فى شرحه : فان قيل كيف الجمع بين قول المصنف تنفسخ بموت الراكب وبين قوله بعد لا تنفسخ بموت المكرى ولا المكترى ؟ قيل يجب حمل قوله لا تنفسخ بموت المكترى على أنه مات وله وارث ، وهناك صرح بانها تنفسخ اذا لم يكن له من يقوم مقامه

على قوله « ولا المكترى » ، وهذا قول مالك والشافعى واسحاق وأبى ثور وابن المنذر ، وقال الثورى وأصحاب الرأى والليث : تنفسخ بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت

(٥) قوله « ولا بعذر الخ » وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمكترى فسخها لعذر فى نفسه مثل أن يكترى جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته ، أو يكترى دكاناً للبز =

للحج فتضيع نفقته أو دكانا فيحترق متاعه . وإن غصبت العين خير المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل [1] فان فسخ فعليه أجرة مامضى ، وقال الخرقى : فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ماوقع عليه العقد فعليه من الاجرة بقدر مدة انتفاعه ، ومن استؤجر لعمل شىء فمرض أقيم مقامه من يعمله والاجرة عليه [2]. وان وجد العين معيبة أو حدث بها عيب

= فيحترق متاعه ، لأن هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استاجر عبداً فأبق ، ولنا أنه عقد لايجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر فى غير المعقود عليه كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكترى لجاز لعذر المكرى تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد منهما ولم يجز ثم فلم يجز هبنا ، ويفارق الاباق فانه عذر فى المعقود عليه

(١) قوله « وان غصبت العين الخ » اذا غصبت العين فلا يخلو اما أن تكون اجارتها لعمل أو لمدة ، فان كانت لعمل فلا يخلو اما أن تكون الاجارة على عين موصوفة فى الذمة أو تكون على عين معينة ، فان كانت على عين موصوفة فى الذمة بان آجره دابة صفتها كذا وغصبت لزمه بدلها ، لان العقد على مافى الذمة لاعليها ، فان تعذر كان له الفسخ وله الصبر الى القدرة عليها أو على بدلها . وتنفسخ بمضى المدة ان كانت على مدة ، وكذا لو تلفت الموصوفة ، أو تعبت ، وان كانت على عين معينة بان آجره هذه الدابة ايركبها الى كذا خير بين الفسخ والصبر الى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها ، وان كانت الى مدة بان قال آجرتك هذا العبد الى شهر فغصب فهو مخير بين الفسخ والامضاء وأخذ أجرة مثلها من غاصبها وهذا المذهب فى ذلك

[فائدة] : لو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذى فيه العين المستاجرة أو حصر البلد فامتنع خروج المستاجر الى الأرض المستاجرة ثبت له خيار الفسخ ، وان كان الخوف خاصاً بالمستأجر كقرب أعدائه من الموضع الماجور أو حلولهم فى طريقه لم يملك الفسخ ، وكذا الحكم لو حبس أو مرض

(٢) قوله « ومن استؤجر لعمل شىء الخ » مراده اذا استاجره لعمل فى الذمة كخياطة وبناء ونحوهما ، ومراده اذا لم يشرط عليه مباشرته ، فان شرط عليه =

فله الفسخ وعليه أجرة مامضى[1]، ويجوز بيع العين المستأجرة[2] ولا تنفسخ

= مباشرته لم يقم غيره مقامه ، وكذا لو كانت الاجارة على عينه فى مدة أوغيرها فرض لم يقم غيره مقامه لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء فى ذمته ، فعلى هذا يخير بين الفسخ والصبر حتى يتبين له الحال

(١) قوله « وان وجد الخ » العيب ما يظهر به تفاوت الأجر ، ومراده إن لم يزل العيب بلا ضرر فعلى هذا ليس له إلا الفسخ أو الامضاء مجاناً ، وهـذا المذهب ، وقيل يملك الامساك مع الأرش ، ولو لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمه الأجرة كاملة على المذهب لأنه استوفى جميع المعقود عليه ، وخرج المصنف لزوم الأرش قال فى الانصاف : وهو الصواب لاسيما إذا كان دلسه

[فائدة] قال فى الترغيب لو احتاجت الدار تجديداً فان جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به نص عليه فى علو الدار ، ويحتمل الرجوع بناء على مثله فى الرهن ، قال فى الانصاف : بل أولى . وحكى فى التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر واقامة مائل قال فى الانصاف : وهو الصواب ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التى يحتاج اليها المكان المأجور ، فان كان وقفاً فالعمارة واجبة من جهتين من جهة أهل الوقف ومن جهة حق المستأجر

(٢) قوله « ويجوز بيع العين المستاجرة » هذا المذهب نص عليه سواء باعها لمستاجرها أو غيره ، لأنها عقد على المنافع فلم يمنع الصحة كبيع الأمة المزوجة ، وان امتنع التسليم فى الحال فلا يمتنع فى الوقت الذى يجب فيه التسليم وهو عند انقضاء الاجارة ، وقيل لا يصح قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وظاهر كلامه فى رواية الميمونى أنه إذا باع العين المؤجرة ولم يبين أنها مستأجرة أن البيع لا يصح ، ووجهه أنه باع ملكه وملك غيره فهى مسالة تفريق الصفقة ، فعلى المذهب إذا لم يعلم المشترى بذلك ثم علم فله الفسخ أو الامضاء مجاناً ، ومثله لو كانت مرهونة

[فائدة] لو باع الدار التى تستحق المعتدة للوفاة سكناها وهى حامل فقال المصنف لا يصح بيعها لأن المدة الباقية الى حين وضع الحمل مجهولة فيعايا بها ، وقال المجد : قياس المذهب الصحة ، قال فى الانصاف : وهو الصواب

الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ على إحدى الروايتين

فصل

ولا ضمان على الأجير الخاص ـ وهو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر ـ فيما يتلف فى يده إلا أن يتعدى، ويضمن الاجير المشترك ماجنت يده من تخريق الثوب وغلطه فى تفصيله ، ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله(١)

على قوله « فتنفسخ فى احدى الروايتين » . أى تنفسخ فيما بقى من المدة ، فعلى هذا يسقط من المشترى الأجر فيما بقى وان كان المؤجر قبض الثمن كله حسب عليه من الثمن ، والثانية ـ وهى المذهب ـ لاتنفسخ لأنه ملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة بآخر فلم يتنافيا كملك الثمرة ثم الأصل فيجمع عليه الأجر والثمن

على قوله « وهو الذى يسلم نفسه الى المستاجر » . مدة معلومة يستحق المستاجر نفعها فى جميعها

على قوله « وغلطه فى تفصيله » . الأجير المشترك هو الذى يقع العمل معه على عمل معين فيضمن ماجنت يده كالذى ذكره المصنف وزلق الجمال والسقوط عن دابته وكذا الطباخ والحائك وملاح السفينة ويضمن أيضاً ما تلف بفعله مطلقاً على الصحيح من المذهب نص عليه ، وروى ذلك عن عمر وعلى وشريح والحسن لأن عمله مضمون عليه لكونه لا يستحق العوض الا بالعمل ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا يضمن ما لم يتعد ، قال الربيع هذا مذهبه ، قال فى الانصاف والنفس تميل اليه ، وقيل إن كان عمله فى بيت المستاجر أو يده عليه لم يضمن ، اختاره القاضى وأصحابه إذا لم يفرط ، ومذهب مالك والشافعى نحو هذا

(١) قوله « ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه الخ » أى اذا لم يتعد ، وهذا المذهب ، وهو قول طاوس وعطاء وأبى حنيفة وزفر وقول للشافعى ، لأن العين فى يده أمانة أشبه للمودع ، وعنه ان كان التلف بامر ظاهر كالحريق واللصوص الغالبين ونحوهم فلا ضمان ، وان كان بامر خفى كالضياع ونحوه ضمن للتهمة ، وعنه يضمن مطلقاً وبه قال مالك وابن أبى ليلى لقوله ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولان قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولا أجرة له فيما عمل فيه[1] ، وعنه يضمن ، ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاغ ولا طبيب إذا عرف منهم حذق ولم تجن أيديهم[2] ، ولا ضمان على الراعى اذا لم يتعد[3] ، واذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف

---

(١) قوله « ولا أجرة له الخ » هذا المذهب مطلقاً لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف فى يد بائعه قبل تسليمه وسواء كان فى بيت المستأجر أو غيره بناء كان أو غيره ، قال فى المحرر إلا ما عمله فى بيت ربه ، وعنه له أجرة البناء لا غير ، وقال ابن عقيل له الأجرة مطلقاً قال فى الانصاف وهو قوى

(٢) قوله « ولا ضمان على حجام الخ » أى سواء كان خاصاً أو مشتركا أى لأنه فعل فعلا مباحاً فلم يضمن سرايته كحد ، واقتضى ذلك أنه إذا لم يكن لهم حذق فى الصنعة أنهم يضمنون لإنه لا يحل لهم مباشرة القطع ، فإذا قطع فقد فعل محرماً فيضمن سرايته بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « من تطبب بغير علم فهو ضامن » رواه أبو داود ، فلو كان فيهم حذق الصنعة وجنت أيديهم بأن يجاوز الختان إلى بعض الحشفة أو يجاوز الطبيب بقطع السلعة موضعها أو بآلة يكثر ألمها وجب ، لأن الإتلاف يجب ضمانه بالعمد والخطأ كما لو قطعه ابتداء . وحكى ابن أبى موسى « إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتنها » قضى به عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ويشترط لعدم الضمان أيضاً فى ذلك وفى قطع سلعة ونحوه إذن المكلف أو الولى ، فإن لم يأذنا ضمن على الصحيح من المذهب ، واختار فى الهدى عدم الضمان قال لأنه محسن وقال هذا موضع نظر

على قوله « ولا بزاغ » ، وهو البيطار

(٣) قوله « ولا ضمان على الراعى الخ » بغير خلاف نعلمه إلا ما روى عن الشعبى ، فان تعدى ضمن مثل أن ينام أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف فى ضربها فى غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو يسلك بها موضعاً يتعرض فيه للتلف وما أشبه ذلك

[فائدة] لو أحضر الجلد مدعياً للموت قبل قوله فى أصح الروايتين لأنه مؤتمن . وعنه لا يقبل إلا ببينة تشهد بموتها

ضمنه[١] ، وان أتلف الثوب بعد عمله خير مالكه بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه إياه معمولا ويدفع اليه أجرته[٢] ، وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو كبحها أو الرائض الدابة لم يضمن ما تلف به[٣] وكذلك المعلم اذا ضرب الصبي أوالزوج امرأته فى النشوز. وان قال أذنت لى فى تفصيله قباء قال بل قميصا فالقول قول الخياط نص عليه

---

(١) قوله « وإذا حبس الصانع الخ » هذا المذهب مطلقاً وعليه أكثر الأصحاب لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن فى إمساكه ، ويستثنى منه ما إذا أفلس مستأجره ثم جاءه بائعه يطلبه فللصانع حبسه

على قوله « ضمنه » « واختار شيخنا عدم الضمان

(٢) قوله « وإن أتلف الثوب الخ » هذا بلا خلاف ، ويقدم قوله فى صفة عمله أى قول رب الثوب لأنه غارم ، وكذا عمله على غير صفة ما شرط عليه ، وكذا ما تلف بيد أجير مشترك بعد عمله إذا تلف على وجه مضمون عليه خير المالك بين تضمينه معمولا ويدفع الأجرة وتضمينه غير معمول ولا أجرة ، وكذا ضمان المتاع المحمول إذا تلف على وجه يضمنه الحامل

[فائدة] لو دفع القصار الثوب إلى غير مالكه خطأ ضمنه فإن لم يعلم المدفوع اليه حتى قطعه غرم أرش القطع ، وإن تلف عند المدفوع اليه ضمنه وهذا المذهب

[فائدة] العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر ان تلفت بغير تعد ولا تفريط لم يضمنها لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها فهو مؤتمن والقول قوله فى عدم التعدى ، فأما إن شرط المؤجر أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة ، أو لا يجعل سيره فى آخرها أو أشباه هذا مما فيه غرض مخالف ضمن

(٣) قوله « وإذا ضرب الخ » هذا المذهب لأنه تلف من فعل مستحق ، وظاهره أنه يجب الضمان إذا زاد على العادة

على قوله « أو كبحها » « أى جذبها لتقف ، وفى الشرح يحثها به على السير لتلحق القافلة

على قوله « أو الرائض » « وهو الذى يعلمها السير

فصل

وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها[١] ، ولا يجب تسليم أجرة العمل فى الذمة حتى يتسلمه[٢]، واذا انقضت الاجارة وفى الأرض غراس

[فائدتان] لو ادعى مرض العبد أو اباقه أو شرود الدابة أو موتها بعد فراغ المدة أو فيها أو تلف المحمول قبل قوله على المذهب

(الثانية) لو اختلفا فى قدر الأجرة فكالاختلاف فى قدر الثمن فيتحالفان وتقدم ، وإن اختلفا فى قدر مدة الإجارة كقوله آجرتك سنة بدينار وقال المستأجر بل سنتين بدينارين فقول المالك لأنه منكر للزائد ، وإن قال المستأجر آجرتنيها سنة بدينار وقال المؤجر بل دينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر فان كان التحالف قبل مضى شىء من المدة فسخا وإن فسخاه بعد مضى المدة أو شىء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل

على قوله « فالقول قول الخياط نص عليه » ، وهذا المذهب لانهما اتفقا على الإذن واختلفا فى صفته فقبل قول المأذون له

(١) قوله « وتجب الاجرة الخ » هذا المذهب إذا أطلق وكان العقد على عين كأرض ودار ونحوهما أو ذمة لأن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع وحينئذ تكون حالة من نقد بلد العقد ان لم يشرطا غيره ، وقال طائفة لا يملكها ولا يستحقها إلا يوما بيوم إلا أن يشرط تعجيلها لقوله تعالى ﴿ فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ أمر بايتائهن بعد الرضاع . وقوله عليه الصلاة والسلام « ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » ، ولأنه عوض لم يملك فلم يجب تسليمه فعلى المذهب له الوطء إذا كانت الأجرة أمة

[فائدة] لو أجلها فات المستأجر لم تحل الأجرة ، وإن قلنا بحلول الدين بالموت لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال أيضا ليس لناظر وقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة ولو شرطه لم يجز لأن الموقوف عليه يأخذ مالا يستحقه الآن

(٢) قوله « ولا يجب تسليم أجرة العمل الخ » إذا استؤجر على عمل ملكت الأجرة بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمها إلا بفراغ العمل وتسليمه لمالكه على الصحيح من المذهب وعلى هذا وردت النصوص

أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضائها وخير المالك بين أخذه بالقيمة وبين تركه بالأجرة أو قلعه وضمان نقصه[1] ، وان شرط قلعه لزم ذلك ولم يجب تسوية الأرض إلا بشرط ، وان كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة[2] أو تركه بالأجرة[3] ، وان كان بغير تفريط لزمه تركه

[فائدة] إذا انقضت المدة رفع المستأجر يده عن المأجور ولم يلزمه الرد على المذهب مطلقا ولو تلف بعد تمكنه فرده لم يضمن

(١) قوله « وإذا انقضت الإجارة الخ » هذا المذهب وقال فى الفروع ولم يفرق الأصحاب بين كون المستأجر وقف مابناه أو لا مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً فإن لم تترك فيتوجه أن لا يبطل الوقف مطلقاً ، وقال الشيخ تقى الدين فيمن احتكر أرضا بنى فيها مسجداً أو بناء وقفه عليه متى فرغت المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف وأخذوا أرضهم ، وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل

على قوله « خير المالك » ، أى رب الأرض

على قوله « بين أخذه بالقيمة » ، فيملكه مع أرضه

[فائدتان] لو شرط فى الإجارة بقاء الغراس فهو كاطلاقه على الصحيح من المذهب

(الثانية) لو غرس أو بنى مشتر ثم فسخ البيع بعيب كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع وضمان النقص وتركه بالأجرة على الصحيح من المذهب

على قوله « ولم يجب تسوية الأرض » ، على المستأجر

على قوله « وان كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر » ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة

(٢) قوله « فللمالك أخذه الخ » أى مالم يختر المستأجر قلع زرعه فى الحال أو تفريغ الأرض فله ذلك

(٣) قوله « أو تركه الخ » أى باجرة المثل لما زاد على المدة لأنه أبقى زرعه فى أرض غيره بعدوانه

على قوله « وان كان بغير تفريط » ، مثل أن يزرع زرعاً ينتهى فى المدة عادة ثم يتاخر لبرد أو غيره

بالأجرة [١] ، واذا تسلم العين فى الاجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن [٢] ، واذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم

باب السبق

تجوز المسابقة على الدواب والأقدام وسائر الحيوانات والسفن والمزاريق وغيرها ، ولا يجوز بعوض إلا فى الخيل والابل والسهام بشروط خمسة : (أحدها) تعيين المركوب والرماة سواء كانا اثنين أو جماعتين ، ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين . (الثانى) أن يكون المركوب والقوسان من نوع واحد فلا يجوز بين عربى وهجين ولا بين قوس عربية وفارسية ويحتمل الجواز . (الثالث) تحديد المسافة والغاية ومدى الرمى [٣] بما

---

(١) قوله « لزمه تركه بالأجرة » أى أجرة المثل لما زاد بلا نزاع

على قوله « لزمه تركه بالأجرة » ٭ لحصول زرعه فى أرض غيره بإذنه من غير تفريط

(٢) قوله « وإذا تسلم العين الخ » هذا المذهب لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له ويتخرج على قول أبى بكر أنه يضمن بالأجرة المسماة واختاره الشيخ تقى الدين وذكر أنه قياس المذهب أخذا له من النكاح

على قوله « ولا تجوز بعوض إلا فى الخيل والإبل والسهام » ٭ هذا المذهب وأبدل فى الفروع السهام بسلاح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « لا سبق إلا فى نصل أو خف أو حافر » رواه الخمسة ولم يذكر ابن ماجه أو نصل وإسناده حسن ، وقد صارع النبى ﷺ ركانة على شاة فصرعه فأخذها ثم عاد مراراً فصرعه فأسلم فرد النبى ﷺ غنمه . رواه أبو داود فى مراسيله

على قوله « تعيين المركوب » ٭ يعنى برؤيته

(٣) قوله « ومدى الرمى » أى إما بالمشاهدة أو بالذراع لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد

جرت به العادة[1]. (الرابع) كون العوض معلوماً[2]. (الخامس) الخروج عن شبه القمار بأن لا يخرج جميعهم فان كان الجعل من الإمام أو أحد غيرهما أو من أحدهما على أن من سبق أخذه جاز ، فان جاءا معا فلا شيء لهما ، فان سبق المخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من الآخر شيئا ، وان سبق الآخر أحرز سبق صاحبه ، فان أخرجا معا لم يجز[3] إلا أن يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما[4] أو رميه رميهما ، فان سبقهما أحرز سبقيهما وان سبقاه أحرزا سبقيهما ولم يأخذا منه شيئا ، وان سبق أحدهما أحرز

---

(١) قوله « بما جرت به العادة » أى لأن الزائد على ذلك قد يؤدى إلى عدم العلم بالسابق لبعد المسافة فلو استبقا بغير عادة لينظر أيهما يقف أولا لم يجز وكذا لو جعلا مسافة بعيدة فى الرمى تتعذر الإصابة فى مثلها غالباً وهو ما زاد على ثلثمائة ذراع وقيل أنه ما رمى فى أربعمائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهنى رضى الله عنه

[فائدة] لا يصح تناضلهما على السبق لأبعدهما رمياً على الصحيح من المذهب زاد فى الترغيب من غير تقدير ، وقيل يصح اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى قاله فى الفائق ، قال فى الانصاف وهو المعمول به عند الرماة الآن فى أماكن كثيرة

(٢) قوله « الرابع الخ » أى بالمشاهدة أو بالقدر أو بالصفة لأنه مال فى عقد ، ويشترط فيه أن يكون مباحاً ، ويجوز حالا ومؤجلا وبعضه

(٣) قوله « فان أخرجا معاً » أى العوض « لم يجز » وكان قماراً

(٤) قوله « إلا الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب سواء أخرجاه متساوياً أو متفاضلا ولم يجز أن يخرج المحلل شيئاً وهو قول سعيد بن المسيب والزهرى والأوزاعى لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس قماراً ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود فجعله قماراً إذا أمن السبق لأنه لا يخلو كل واحد منهما أن يغنم أو يغرم ، وقال الشيخ تقى الدين يجوز من غير محلل قال وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما وأبلغ فى تحصيل مقصود كل منهما وهو بيان عجز الآخر وأن الميسر ـ والقمار منه ـ لم يحرم بمجرد المخاطرة بل لأنه أكل للمال بالباطل أو المخاطرة المتضمنة له . انتهى

السبقين ، وان سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما ، وان قال المخرج من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك لم يصح اذا كانا اثنين[1] ، وان قال ومن صلى فله خمسة صح ، وان شرطا أن السابق يطعم السبق أصحابه وغيرهم لم يصح الشرط[2] ، وفى صحة المسابقة وجهان[3]

فصل

والمسابقة جعالة لكل واحد منهما فسخها ، إلا أن يظهر لأحدهما الفضل فيكون له الفسخ دون صاحبه ، وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، وقيل هى عقد لازم ليس لأحدهما فسخها لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين وأحد الراميين ، ولا تنفسخ بموت الراكبين ولا بتلف أحد القوسين ، ويقوم وارث الميت مقامه ، فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته . والسبق فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، وفى مختلفى العنق والإبل

على قوله « أحرز سبقيهما » * اتفاقاً لأنه جعل لمن سبق

على قوله « ولم يأخذا منه شيئاً » * لأنه لم يشترط عليه لمن سبق شيئاً

على قوله « ولم يأخذا منه » * أى من المحلل

على قوله « وان قال المخرج » * أى من غير المتسابقين

(١) قوله « وان قال من صلى الخ » أى لأن كلا منهما يجتهد أن يكون سابقاً ليحرز أكثر العوضين والمصلى هو الثانى لأن رأسه عند صلو الآخر والصلوان هما العظمان الناتئان من جانب الذنب ، وفى الأثر عن على رضى الله عنه قال « سبق أبو بكر وصلى عمر وخبطتنا فتنة » قال الشاعر :

ان تبتدر غاية يوماً لمكرمة   تلق السوابق فينا والمصلينا

(٢) قوله « وان شرطا أن السابق الخ » هذا المذهب وكذا اطعامه بعضهم أو إن سبقتنى فلك كذا لانه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض فى رد الآبق ، واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة شرطه لأستاذه

(٣) قوله « وفى صحة المسابقة الخ » أحدهما يصح وهو الصحيح من المذهب

بالكتف ، ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرسا يحرضه على العدو ، ولا يصيح به وقت سباقه لقول النبي ﷺ « لا جلب ولا جَنَب(١) » .

فصل فى المناضلة

ويشترط لها شروط أربعة : (أحدها) أن تكون على من يحسن الرمى فان كان فى أحد الحزبين من لا يحسن الرمى بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الآخر مثله ، ولهم الفسخ ان أحبوا . (الثانى) معرفة عدد الرشق وعدد الاصابة . (الثالث) معرفة الرمى هل هو مفاضلة أو مبادرة ، فالمبادرة أن يقولا من سبق الى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق ، فايهما سبق اليها مع تساويهما فى الرمى فهو السابق ، ولا يلزم اتمام الرمى . والمفاضلة أن يقولا أينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق ، فأيهما فضل بذلك فهو السابق . وإذا أطلق الإصابة تناولها على أى صفة كانت . فان قالا « خواصل » كان تأكيدا لأنه اسم لها كيف كانت ، وان قالا « خواسق » وهو ما خرق الغرض وثبت فيه ، أو « خوازق » وهو ما خزقه ولم يثبت فيه ، أو « خواصر » وهو ما وقع فى أحد جانبي الغرض تقيدت بذلك . وان شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيد به . و (الرابع) معرفة قدر الغرض وطوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض . وان تشاحا فى المبتدىء بالرمى أقرع بينهما وقيل يقدم من له مزية باخراج السبق . واذا بدأ أحدهما فى وجه بدأ الآخر فى الثانى . والسنة أن يكون لها غرضان اذا بدأ أحدهما بغرض بدأ الآخر بالثانى ، واذا أطارت الريح الغرض فوقع

---

(١) قوله « لقول النبي ﷺ الخ » الحديث رواه أبو داود وغيره باسناد حسن عن عمران بن حصين وكذا فسره الأصحاب تبعاً لمالك ، وقال أبو عبيد هو الصحيح . وقيل معنى الجنَب أن يجنب مع فرسه أو وراءه فرساً لا راكبَ عليه يحرضه على العدو ويحثه عليه . والجلب بفتح اللام هو الزجر للفرس والصياح عليه حثا له على الجرى

السهم موضعه فان كان شرطهم « خواصل » احتسب به ، وان كان « خواسق » لم يحتسب له به ولا عليه ، وان عرض عارض من كسر قوس أو قطع وتر أو ريح شديدة لم يحتسب عليه بالسهم ، وإن عرض مطر أو ظلمة فأجازتا خير الرمى ، ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما لما فيه من كسر قلب صاحبه

كتاب العارية

وهى هبة منفعة تجوز فى كل المنافع إلا منافع البضع[1] ، ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر[2] ، وتكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها واستعارة والديه للخدمة ، وللمعير الرجوع متى شاء[3] ما لم يأذن فى شغله بشئ يستضر المستعير برجوعه[4] مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت

---

(١) قوله « إلا منافع البضع » أى لأن الوطء لا يجوز إلا فى نكاح أو ملك يمين وكلاهما منتف فلم يجز اجماعاً

(٢) قوله « ولا تجوز الخ » يعنى للخدمة هذا المذهب لأنه لا يجوز له استخدامه

[فوائد] تجب إعارة المصحف لمن احتاج القراءة فيه

(الثانية) يشترط كون العين منتفعاً بها مع بقاء عينها

(الثالثة) اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وجوب العارية مع الغنى

(٣) قوله « وللمعير الخ » أن لأن المنافع المستقبلة لم تحصل فى يده فلم يملكها بالإعارة وسواء كانت مطلقة أو موقتة قبل الانتفاع أو بعده . وعنه إن عين مدة تعينت . وعنه ومع الاطلاق لا يرجع قبل انتفاعه ولزمهما تركها مدة ينتفع بها فى مثلها ، وأما المستعير فيجوز له الرد بغير خلاف نعلمه

(٤) قوله « ما لم يأذن الخ » هذا المذهب

على قوله « فيحصده » * بلا نزاع لعدم الضرر ولا أجرة عليه

على قوله « لزمه القلع » * مجاناً لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم » ولأن المستعير دخل فيها راضياً بالتزام الضرر ، وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه بغير خلاف نعلمه

فى لجة البحر ، وان أعاره أرضا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت ، وان أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبة لم يرجع ما دام عليه ، فان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده . وإن أعاره أرضا للزرع لم يرجع الى الحصاد إلا أن يكون مما يحصد قصيلا فيحصده ، وان أعارها للغراس والبناء وشرط عليه القلع فى وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع ولا يلزمه تسوية الأرض الا بشرط وإن لم يشرط عليه القلع لم يلزمه الا أن يضمن له المعير النقص فان قلع فعليه تسوية الأرض وإن أبى القلع فللمعير أخذه بقيمته[1] فان أبى ذلك بيعا لهما[2] فان أبيا البيع ترك بحاله[3] والمعير التصرف فى أرضه على وجه

على قوله « الا بشرط » ٭ هذا المذهب لرضاه بضرر القلع

على قوله « الا أن يضمن له المعير النقص » ٭ هذا المذهب لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار

على قوله « فإن قلع » ٭ أى المستعير . وليس مشروطاً عليه

(١) قوله « وان أبى القلع الخ » يعنى إذا أبى المستعير القلع فى الحال التى لا يجبر فيها فللمعير أخذه بقيمته نص عليه ويجبر المستعير على ذلك لأن غرسه أو بناءه حصل فى ملك غيره ، فان قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لى لم يلزم المعير لأنهما تبع للأرض بدليل دخولهما فى البيع

(٢) قوله « فان أبى ذلك الخ » يعنى المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجر بيعا لهما لأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحد منهما ولا بد وأن يكون البيع باتفاقهما ويدفع إلى كل واحد قدر حقه فيقال كم قيمة الأرض فارغة فيقال عشرة ومشغولة بخمسة عشر فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه فان طلب أحدهما البيع أجبر الآخر عليه فى الأصح ولكل منهما بيع ما له منفرداً لمن شاء ويكون كهو على المذهب . وقيل لا يبيع المستعير لغير المعير

(٣) قوله « فان أبيا البيع الخ » أى يترك فيها مجاناً فى الأصح حتى يتفقا لأن الحق لهما . وقال ابن حمدان يبيعهما الحاكم

لا يضر بالشجر وللمستعير الدخول للسقي والاصلاح وأخذ الثمرة ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين الرجوع وذكروا عليه أجرة في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما وفي سائر المسائل وجهان[1]. وان غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه . وان حمل السيل بذراً إلى الأرض فنبت فيها فهو لصاحبه[2] يبقى الى الحصاد بأجرة مثله ، وقال القاضي لا أجرة له ويحتمل ان لصاحب الأرض أخذه بقيمته فان حمل غرس رجل فنبت في أرض غيره فهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب؟ على وجهين[3]

[فائدة] غرس المشتري وبناؤه كذلك إذا فسخ البيع بعيب أو فلس

على قوله « وللمعير التصرف في أرضه » والانتفاع بها كيف شاء

على قوله « على وجه لا يضر بالشجر » والبناء لاذنه فيهما ولا ينتفع بهما

(١) قوله « ولم يذكر أصحابنا الخ » يعني فيما تقدم من الغراس والبناء وذكروا عليه أجرة في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما وفي سائر المسائل وجهان ، ذكر الأصحاب أن عليه الأجرة في الزرع من حين الرجوع وهذا المذهب لأن مقتضى رجوع المعير منع المستعير من الانتفاع ضرورة بطلان الاذن المبيح لذلك فوجب بقاؤه بأجرة مثله جمعا بين الحقين . واختار المجد في المحرر أنه لا أجرة له صححه الناظم والحارثي وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز ، وأما الغراس والبناء والسفينة إذا رجع وهي في لجة البحر والأرض إذا أعارها للدفن ورجع قبل أن يبلى الميت والحائط إذا أعاره لوضع أطراف الخشب عليه ورجع ونحو ذلك فلم يذكر الأصحاب أن عليه أجرة من حين الرجوع وخرج المصنف في ذلك كله وجهين بعدم الأجرة وهذا ظاهر كلام الأصحاب ووجه بوجوبها قياساً على ما ذكروه في الزرع

(٢) قوله « وان حمل السيل الخ » هذا المذهب لأنه نماء ملكه ولا يجبر على قلعه فان أحب قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت

(٣) قوله « فان حمل غرس رجل الخ » أحدهما يكون كغرس الشفيع وهو المذهب لأنه ساواه في عدم التعدي

على قوله « فنبت في أرض غيره » فهو لصاحبه لأنه نماء ملكه كالزرع لكن هل يكون كغرس الشفيع الخ

فصل

وحكم المستعير فى استيفاء المنفعة حكم المستأجر(١) والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف(٢) وان شرط نفى ضمانها . وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً

[تنبيه] قوله فهل يكون كغرس الشفيع فيه تساهل وإنما يقال فهل هو كغرس المشترى الشقص الذى يأخذه الشفيع . ولهذا قال الحارثى وهو سهو وقع فى الكتاب

[فائدة] لو استعار دابة إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة فان قال مالكها أعرتكها إلى فرسخ قال إلى فرسخين قدم قول مالكها وان اختلفا فى صفة العين حين التلف بأن قال المعير كان العبد كاتباً أو خياطاً ونحوه وأنكر المستعير أو اختلفا فى قدر قيمة العين المعارة بعد تلفها فالقول قول المستعير مع يمينه لأنه غارم ومنكر لما يدعيه المعير من الزيادة والأصل عدمها إلا أن يكون للمعير بينة

(١) قوله « وحكم المستعير الخ » هذا المذهب لأنه ملك التصرف بإذن المالك أشبه المستأجر ، فعلى هذا إن أعاره للغرس أو البناء فله أن يزرع ما شاء ، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن ، وان أذن له فى زرع مرة لم يملك أخرى ، وله استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله لأنه نائب عنه إلا أن المستأجر يخالف المستعير فى شيئين : أحدهما لا يملك الإعارة ولا الإجارة على ما يأتى . الثانى الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع ، فلو أعاره مطلقاً ملك الانتفاع بالمعروف فى كل ما هو مهيء له كالأرض مثلا . هذا الصحيح وفيه وجه أنها كالاجارة فى هذا

(٢) قوله « والعارية الخ » هذا المذهب نص عليه بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب قال الحارثى نصّ أحمد على ضمان العارية وان لم يتعد فيها كثير متكرر من جماعات وقف على رواية اثنين وعشرين رجلا وذكرها . وروى عن ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم لما روى الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ قال « وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الخمسة وصحح الحاكم اسناده وعن صفوان أنه عليه الصلاة والسلام استعار منه يوم حنين أدراعا فقال أغصباً يا محمد؟ قال : بل عارية مضمونة رواه أحمد وأبو داود ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً . وذكر الحارثى خلافاً لا يضمن وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله عن بعض الأصحاب واختاره ابن القيم فى الهدى وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال « المسلمون على شروطهم » فيدل =

بشرطه[1] وما كان مضمونا لا ينتفى ضمانه بشرطه وعن أحمد رحمه الله تعالى أنه ذكر له ذلك فقال المسلمون على شروطهم فيدل على نفى الضمان بشرطه وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين[2]. وليس للمستعير أن يعير[3] فان فعل فتلفت عند الثانى فله تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على

= على نفى الضمان بشرطه فهذه رواية يضمن ان لم يشرط نفيه وعنه يضمن إن شرطه وإلا فلا اختاره أبو حفص العكبرى والشيخ تقى الدين وصاحب الفائق

على قوله « وان شرط نفى ضمانها » * وسواء تعدى المستعير أو لا وبه قال الشافعى وإسحاق ، وقال الحسن والنخعى والشعبى وعمر بن عبد العزيز والثورى وأبو حنيفة ومالك والأوزاعى وابن سيرين هى أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال « ليس على المستعير غير المغل ضمان » لكن فى رواته ضعيفان قاله الدارقطنى

على قوله « وكل ما كان أمانة » * كالوديعة

(١) قوله « وكل ما كان أمانة الخ » هذا المذهب لأن العقد إذا اقتضى شيئاً فشرط عليه يكون شرطاً ينافى مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط فى المبيع أن لا يبيعه، وعنه « المسلمون على شروطهم » كما تقدم

[فائدة] يستثنى مما تقدم لو استعار وقفاً ككتب علم وغيرها وكادراع موقوفة على الغزاة فتلفت بغير تفريط ولا تعد فلا ضمان ، وان كان الاستعارة برهن رجع الرهن على ربه . ويستثنى منه أيضاً ما إذا تلفت فى يد مستعير من مستأجرها

على قوله « فقال : المسلمون على شروطهم » * واختاره أبو حفص العكبرى والشيخ تقى الدين

(٢) قوله « وان تلفت أجزاؤها الخ » أصحهما لا يضمن وهو المذهب لأن الاذن فى الاستعمال تضمن الاذن فى الإتلاف ، وكذا لو تلفت كلها بالاستعمال بالمعروف ، وكذا لو تلف ولد العارية

[فائدة] يقبل قول المستعير إنه ما تعدى بلا نزاع ، ولا يضمن رائض ووكيل لأنه غير مستعير

(٣) قوله « وليس للمستعير الخ » هذا المذهب ولا له أن يؤجر إلا بإذن =

الثانى[1] . وعلى المستعير مؤونة رد العارية[2] فان رد الدابة الى اصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ من الضمان[3] إلا أن يردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه[4]

= ربه ولا يضمن مستأجر من المستعير مع الاذن من المعير إذا تلفت العين عنده بلا تفريط وقيل له ذلك فى الإعارة الموقتة . وإذا قلنا بصحتها فإنه لا يضمن على الصحيح من المذهب

[فائدتان] لو قال انسان لا أركب الدابة الا باجرة فقال ربها لا آخذ لها أجرة ولا عقد بينهما فركبها و تلفت فحكمها حكم العارية

(الثانية) لو أركب دابته منقطعا لله تعالى فتلفت تحته لم يضمن على الصحيح من المذهب اذ المالك هو الطالب لركوبه تقربا

(١) قوله « فان فعل فتلفت الخ » اذا أعار المستعير العين بغير اذن المعير فللمعير الرجوع باجرة مثلها على من شاء منهما لان الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير اذن والثانى استوفاه بغير اذنه فان ضمن الأول رجع على الثانى لان الاستيفاء حصل منه وان ضمن الثانى لم يرجع على الأول إلا أن لا يعلم بالحال فاذا تلفت عند الثانى فللمالك تضمين أيهما شاء لتعدى كل منهما ويستقر الضمان على الثانى إذا كان عالما بالحال لان التلف حصل فى يده وان لا يكن عالما ضمن العين دون المنفعة ويستقر ضمان المنفعة على الأول وهذا المذهب

(٢) قوله « وعلى المستعير الخ » لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وإذا كانت واجبة الرد وجب أن يكون مؤونة الرد على من يجب عليه الرد ومؤونة عينها على المعير قاله فى شرح الهداية ، وذكر الحلوانى أن نفقتها على المستعير واليه ميل الشيخ تقى الدين رحمه الله

(٣) قوله « فان رد الدابة الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه لم يردها الى مالكها ولا نائبه فيها إلا أن صاحب الرعايتين اختار أنه يبرأ بردها الى غلامه

(٤) قوله « الا أن يردها الخ » هذا المذهب لأنه مأذون فيه عرفا وكذلك زوجة وخازن ووكيل عام فى قبض حقوقه

فصـــل

إذا اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتنى عقيب العقـــد فالقول قول الراكب[١] ، وإن كان بعد مضى مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة[٢] دون ما بقى منها ، وهل يستحق أجرة المثل أو المدعى إن زاد عليها ؟ على وجهين[٣] . وان قال أعرتك قال بل أجرتنى والبهيمة تالفـــة فالقول قول المالك ، وإن قال أعرتنى أو أجرتنى قال بل غصبتنى فالقول قول المالك وقيل قول الغاصب[٤]

[فائدة] لو سلم شريك لشريكه الدابة فتلفت بلا تفريط ولا تعد بان ساقها فوق العادة ونحوه لم يضمن قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

على **قوله** « عقيب العقد » * أى إذا كان الاختلاف عقيب العقد

(١) **قوله** « فالقول قول الراكب » أى مع يمينه بلا نزاع والحالة هذه فلا يغرم القيمة

(٢) **قوله** « وان كان بعد مضى مدة لها أجرة فالقول قول المالك » على الصحيح من المذهب لانهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع الى ملك القابض فقدم قول المالك فيه لان الأصل عدم العقد . وقيل القول قول الراكب اختاره ابن عقيل فى تذكرته

على **قوله** « دون ما بقى منها » * وقال أصحاب الرأى القول قول الراكب وهو منصوص الشافعى لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضا لها والأصل عدم وجوبه

(٣) **قوله** « وهل يستحق الخ » أحدهما له أجرة المثل وهو الصحيح من المذهب ، وكذا الحكم لو ادعى بعد زرع الأرض أنها عارية وقال رب الأرض بل إجارة . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، قال فى الانصاف : وكذا جميع ما يصلح للاجارة والاعارة إذا اختلفا بعد مضى مدة لها أجرة

(٤) **قوله** « وان قال آجرتك الخ » وكذا مثلها فى الحكم لو قال اعرتنى قال بل أودعتك فالقول قول المالك ويضمن ما انتفع منها ، وكذا لو اختلفا فى ردها فالقول قول المالك

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق . وتضمن أم الولد[١] والعقار بالغصب[٢] ، وعنه ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب ، وان غصب كلباً فيه نفع أو خمر ذمى لزمه رده ، وان أتلفه لم تلزمه قيمته[٣] ، وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده ؟ على وجهين . فان دبغه وقلنا بطهارته لزمه رده . وان استولى على حر لم يضمنه بذلك[٤] إلا أن يكون صغيرا ففيه وجهان[٥] ، فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه ؟ على وجهين . وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته ، وان حبسه مدة فهل تلزمه أجرته ؟

[تنبيه] قوله « وقيل قول الغاصب » فيه تجوز قال الحارثى : وليس بالحسن وكان الأجود أن يقول القابض أو الراكب اذ قبول القول ينافى كونه غاصبا

(١) قوله « وتضمن أم الولد » أى بالغصب وهو قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا تضمن لأنها لا تجرى مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فاشبهت الحرة . ولنا أنها تضمن بالقيمة فى الاتلاف فتضمن بالغصب كالقن ولأنها مملوكة بخلاف الحرة

(٢) قوله « والعقار الخ » وبه قال مالك والشافعى لما روى سعيد بن زيد رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « من اقتطع من الأرض شبرا ظلما طوقه يوم القيامة من سبع أرضين » متفق عليه

(٣) قوله « وان أتلفه الخ » أى سواء كان المتلف مسلما أو ذميا نص عليه ، وكذلك الخنزير وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الخمر والخنزير إذا أتلفهما على ذمى ، قال أبو حنيفة ان كان مسلما بالقيمة وان كان ذميا فالمثل

على قوله « لم تلزمه قيمته » ، واختار شيخنا ضمان خمر الذمى

(٤) قوله « وان استولى على حر الخ » هذا المذهب لأنه ليس بمال فعلم أنه لا يثبت الغصب فيما ليس بمال وقيل بلى

(٥) قوله « الا أن يكون الخ » أحدهما لا يضمن وهو المذهب كالكبير

على وجهين[1]

فصل

ويلزم رد المغصوب[2] إن قدر على رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته[3]، وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده[4]، وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون قد بلى[5]، وان سمر بالمسامير بابا لزمه قلعها وردها، وإن زرع الأرض

---

(١) قوله «وان حبسه مدة الخ» أحدهما وهو الصحيح يلزمه لأنه فوت منفعته وهى مال فان منعه العمل من غير حبس ولو عبدا لم يضمن منافعه وجها واحدا

(٢) قوله «ويلزم رد المغصوب» أى إن كان باقيا لما روى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا عبا ولا جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود، وقد أجمع العلماء على وجوب رده ان كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره

(٣) قوله «وان غرم الخ» أى لأنه هو المتعدى فلم ينظر الى مصلحته فكان أولى بالغرامة وظاهره ولو بعدت المسافة، فان قال الغاصب خذ منى أجر رده وتسلمه ههنا منى أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبوله، وان قال المالك دعه لى فى مكانه الذى نقلته اليه لم يملك الغاصب رده، وان قال رده الى بعض الطريق لزمه، وان قال دعه فى مكانه واعطنى أجرة رده أو طلب منه حمله الى مكان آخر لم يلزم الغاصب ولو كان أقرب، ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز

(٤) قوله «وان خلطه الخ» أى كحنطة بشعير وتمر بزبيب وكذا إن أمكن تخليص بعضه لأنه أمكنه رد مال غيره فلزمه وأجرة ذلك عليه كأجر رده

(٥) قوله «وان بنى الخ» يعنى إذا غصب شيئاً فشغله بملكه كحجر أو خشبة بنى عليها أو خيط خاط به ثوباً لزمه رده وان انتقض البناء وتفصل الثوب لأنه مغصوب أمكن رده وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لأنه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها[١]، وان أدركها ربها والزرع قائم خير بين تركه الى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه[٢]، وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين . ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب وعليه الأجرة ، وان غرسها أو بنى فيها أخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الأرض وأرش نقصها وأجرتها[٣]،

---

(١) قوله « وان زرع الأرض الخ » أى أجرة مثلها هذا المذهب لأنه استوفى نفعها ويجب عليه عوضه وعليه ضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأرض البصرة ضمن ذلك ونقل حرب أن له تملكه أيضاً بناء على أن الزرع ينبت على ملك مالك الأرض ابتداء وقرر بعض أصحابنا موافقته للقياس

(٢) قوله « وان أدركها ربها الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه قال الحارثى : تواتر النص عن أحمد رحمه الله ان الزرع للمالك وظاهره أنه لا يملك اجبار الغاصب على قلعه خلافاً لأكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذى ولانه زرع فى أرض غيره ظلماً أشبه الغرس . ولنا ما روى رافع بن خديج رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شىء وله نفقته » رواه أحمد والترمذى وحسنه . وفارق الشجر لطول مدته وحديثهم محمول عليه وهو من مفردات المذهب قال ناظمها :

بالاحترام احكم لزرع الغاصب ... وليس كالبانى أو كالناصب
إن شاء رب الأرض ترك الزرع ... بأجرة المثل لوجه مرعى
أو ملكه إن شاء بالاتفاق ... أو قيمة للزرع بالوفاق

[فائدة] يزكيه رب الأرض ان أخذه قبل وجوب الزكاة ، وان أخذه بعد الوجوب ففى الزكاة عليه وجهان ، قال فى الانصاف قلت : الصحيح أنه لا يزكيه بل تجب الزكاة على الغاصب لأنه ملكه الى حين أخذه على الصحيح

على قوله « على وجهين » * وفى نسخة روايتان إحداهما يأخذه بنفقته ، وهو ما انفق من البذر ومؤنة الزرع من الحرث والسقى وغيرهما وهذا المذهب

(٣) قوله « وان غرسها الخ » أى اذا طالب مالك الأرض لزم الغاصب ذلك بغير خلاف نعلمه للأثر المحسن ذكره فى الشرح ، وفى رواية أبى داود والدارقطنى من حديث عروة بن الزبير قال « ولقد أخبر الذى حدثنى هذا الحديث =

وإن غصب لوحا فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسى ، وان غصب خيطا نخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته ، إلا أن يكون الحيوان مأ كولا للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان ؟ على وجهين . وإن مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدميا

فصل

وان زاد لزمه رده بزيادته سواء كانت متصلة كالسمن وتعلم صنعة أو منفصلة كالولد والكسب ، ولو غصب جارحا فصاد به أو شبكة أو شركا

= أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها فلقد رأيتها وإنها لتضرب رءوسها بالفئوس وانها لنخل عم ، قال أحمد رحمه الله تعالى العم الطوال . وشمل كلام المصنف ما لو كان الغارس أو البانى أحد الشريكين وهو كذلك حتى ولو لم يغصبه لكن بنى أو غرس بغير اذن ونص عليه

[فوائد] منها لو أثمر ما غرس الغاصب فقيل الثمر لمالك الأرض كالزرع ان أدركه أخذه ورد النفقة وإلا فهو للغاصب اختاره القاضى ونص عليه. وقال المصنف فى المغنى والشارح وغيرهم ان ادركه صاحب الأرض قبل الجذاذ فللغاصب وكذا قبله وعنه لمالك الأرض وعليه النفقة . ومنها لو جصص الدار أو زوقها فحكمها كالبناء . ومنها لو غصب أرضا فبناها دارا بتراب منها وآلات من المغصوب منه فعليه أجرتها مبنية ، وان كانت آلاتها من الغاصب فعليه أجرة الأرض دون بنائها فلو أجرهما فالأجرة لهما بقدر قيمتها . ومنها لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته وأبى مالكه الا القلع فله ذلك ولا يجبر على أخذ القيمة . ومنها إذا اتفقا على القيمة فالواجب قيمة الغراس مقلوعا . ومنها لو غصب أرضا وغراسا من شخص واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض ، فان طالبه رب الأرض بقلعه وله فى قلعه غرض صحيح أجبر عليه وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس وان لم يكن له فى قلعه غرض صحيح لم يجبر على الصحيح من المذهب . ومنها الرطبة ونحوها هل هى كالزرع فى الاحكام المتقدمة أو كالغرس ؟ فيه احتمالان

على قوله « واجرتها » « أى أجرة مثل الأرض مدة احتباسها

فأمسك شيئا أو فرسا فصاد عليه أو غنم فهو لمالكه[١]، وإن غصب ثوبا فقصره أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضربه أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه ولا شيء له[٢]، وعنه يكون شريكا بالزيادة[٣]، وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته، وان غصب أرضا فحفر فيها بئراً ووضع ترابها فى أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها فى أحد الوجهين[٤]، وان غصب حبا فزرعه أو بيضا فصار فراخا

---

(١) قوله « ولو غصب جارحا الخ » ان غصب جارحا فصاد به أو فرسا فصاد عليه فالصيد للمالك على الصحيح من المذهب لأن ذلك كله بسبب ملكه ، وكذا الشبكة والشرك ، وقيل هو للغاصب وعليه الأجرة وهو احتمال فى المغنى ، وقال الشيخ تقى الدين يتوجه فيما إذا غصب فرسا وكسب عليه مالا أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس ثم يقسم الصيد بينهما وتقدم ذلك فى الشركة الفاسدة ، فعلى المذهب لا يلزم الغاصب أجرة مدة اصطياده

(٢) قوله « وان غصب ثوبا الخ » وكذا اذا غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فقطعه وخاطه لأنه عين ماله ويأخذه وأرش نقصه ان نقص ولا شيء للغاصب فى زيادته هذا المذهب وبه قال الشافعى

(٣) قوله « وعنه الخ » اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ، قاله فى الفائق

(٤) قوله « وان غصب أرضا الخ » اذا حفر بئراً أو شق نهرا ونحوه فى أرض غصبها فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك ، ان كان لغرض وان أراد الغاصب طمها ابتداء فلا يخلو اما أن يكون لغرض صحيح أو لا ، فان كان لغرض صحيح كاسقاط ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو الى طريق يحتاج الى تفريغه فله طمها من غير اذن ربها على الصحيح من المذهب ، وبه قال الشافعى ، وان لم يكن له غرض صحيح فى ذلك ـ وهى مسئلة المصنف ـ مثل أن يكون قد وضع التراب فى أرض مالكها أو فى موات وأبرأه من ضمان ما يتلف بها فهل يملك طمها ؟ فيه وجهان : أحدهما لا يملك طمها وهو الصحيح لأنه اتلاف لا نفع فيه كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد ردها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وبعض الشافعية

أو نوى فصار غرسا رده ولا شيء له[1] ويتخرج فيه مثل الذى قبله

فصل

وان نقص لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقا كان أو غيره[2]، وعنه أن الرقيق يضمن بما يضمن به فى الإتلاف[3]، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين منهما[4]، وان غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين[5]، وإن جنى عليه

---

(١) قوله «ولا شيء له» وكذا لو غصب غصنا فصار شجرة رده ولا شيء له وهذا المذهب لأنه عين مال مالكه ولا شيء له لأنه تبرع بفعله

[تنبيه] إذا صار الرطب تمرا أو السمسم شيرجا أو العنب عصيرا أخذ ربه مثل أيهما شاء

(٢) قوله «وان نقص لزمه الخ» قال الأصحاب ولو بنبات لحية أمرد أو قطع ذنب حمار وهذا المذهب فى ذلك كله لأنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة إذ القصد بالضمان جبر حق المالك بايجاب قدر مافوت عليه

(٣) قوله «وعنه أن الرقيق الخ» فيجب فى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته لانه ضمان لأبعاضه فكان مقدرا من قيمته كارش الجناية وعلى هذا فقس. والمذهب يضمنه مطلقا بقيمته بالغة ما بلغت، ونقل حنبل لا يبلغ بها دية حر

(٤) قوله «ويتخرج الخ» أى لأن سبب كل واحد منهما قد وجد فوجب أن يضمنه بأكثرهما كما لو غصبه وجنى عليه

[فائدة] اذا كان النقص فى الرقيق ما لا مقدر فيه كنقص لكبر أو مرض فعليه ما نقص مع الرد بغير خلاف نعلمه، فان نقص المغصوب بغير استعمال وانتفاع أو عاب وجب أرشه وفى أجرته وجهان، فان نقص باستعماله فكذلك وقيل يجب الاكثر من أجرته وأرش نقصه، وان غصب ثوبا فلبسه وابلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته رده وأرش نقصه

(٥) قوله «وان غصبه وجنى عليه الخ» هذا على القول بان ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح، لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه، وان قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية كان الواجب أرش الجناية كما لو جنى عليه من غير غصب

غير الغاصب فله تضمين الغاصب بأكثر الأمرين ويرجع الغاصب على الجانى بأرش الجناية ، وله تضمين الجانى أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقى من النقص ، وان غصب عبدا فخصاه لزمه رده ورد قيمته(١) ، وعنه فى عين الدابة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها(٢) والأول أصح(٣) ، وان نقصت العين لتغير الأسعار لم يضمن نص عليه(٤) ، وان نقصت القيمة لمرض ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء(٥) ، وان زاد من جهة أخرى مثل إن تعلم صنعة فعادت القيمة ضمن

[فائدة] لو غصب عبدا قيمته الف فزادت القيمة الى الفين ثم قطع يده فنقص الفا فيجب الف على كلا الروايتين وهذا بلا نزاع ، وان نقص الفا وخمسمائة فالواجب الف وخمسمائة على الروايتين أيضا

(١) قوله « وان غصب عبدا الخ » أى وكذا لو قطع يديه أو رجليه أو لسانه أو ما تجب فيه دية كاملة من الحر فانه يلزمه رده ورد قيمته نص عليه لأن المتلف البعض ولا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع خصيتى ذكر المدبر

(٢) قوله « وعنه فى عين الدابة الخ » نصره القاضى وأصحابه لما روى زيد بن ثابت رضى الله عنه « أن النبى ﷺ قضى فى عين الدابة بربع قيمتها » وعن عمر رضى الله عنه أنه كتب الى شريح لما كتب يسأله عن عين الدابة : انا كنا ننزلها منزلة الآدمى ، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن

(٣) قوله « والأول أصح » أى أنه يضمن نقصه بالقيمة رقيقا كان أو غيره وحديث زيد لا تعرف صحته بدليل احتجاج أحمد رحمه الله تعالى بقول عمر دونه مع أن قول عمر رضى الله عنه محمول على أن ذلك كان قدر نقصها

(٤) قوله « ولن نقصت العين الخ » أى قيمة العين وهذا المذهب وهو قول جمهور العلماء لأنه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة . وعنه يضمن اختاره ابن أبى موسى والشيخ تقى الدين قاله فى الفائق وقاله أبو ثور كعبد خصاه فزادت قيمته ، وهذا كله ما لم يتصل التلف بالزيادة فان اتصل بأن غصب ما قيمته مائة فارتفع السعر الى مائتين ضمن المائتين وجها واحدا اذ الضمان معتبر بيوم التلف وان كان مثليا فالواجب المثل بلا خلاف

(٥) قوله « وان نقصت القيمة الخ » هذا المذهب لأن العيب الذى أوجب الضمان زال فى يده

النقص ، وإن زادت القيمة لسمن أو نحوه ثم نقصت ضمن الزيادة[1] ، وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها لم يضمنها فى أحد الوجهين ، وان كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها ، وإن غصب عبدا مفرطا فى السمن فهزل فزادت قيمته رده ولا شيء عليه ، وان نقص المغصوب نقصا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت خير بين أخذ مثلها وبين تركها حتى يستقر فسادها ويأخذها وأرش نقصها[2] ، وان جنى المغصوب فعليه أرش جنايته

[فائدة] لو استرده المالك معيبا مع الارش ثم زال العيب فى يد مالكه فقال المصنف والشارح وغيرهما لا يجب الارش لاستقراره بأخذ العين ناقصة وكذا لو أخذ المغصوب بغير أرش ثم زال فى يده لم يسقط الأرش لذلك

على قوله « أو نحوه » * من تعلم صنعة كغصبه عبدا قيمته مائة فزادت قيمته بما ذكر حتى صارت مائتين

على قوله « ثم نقصت » * القيمة بنقصان بدنه أو نسيان ما تعلمه حتى صارت قيمته مائة

(١) قوله « ضمن الزيادة » أى مع رده ، هذا الصحيح من المذهب لأنها زيادة فى نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل . وعنه لا يضمنها فانه رد العين كما أخذها

[فائدة] اذا غصب دارا فنقضها ولم يبنها فعليه أجرتها إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها . وإن بناها بآلة من عنده فالحكم كذلك وإن كان بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرتها عرصة منذ نقضها إلى أن بناها وأجرتها دارا فيما قبل ذلك وبعده

على قوله « فى أحد الوجهين » * وهو المذهب

على قوله « لم يسقط ضمانها » * على الصحيح من المذهب . ومن صور المسألة لو كان الذاهب علما أو صناعة فتعلم علما آخر أو صناعة أخرى

(٢) قوله « وان نقص المغصوب الخ » هذا أحد الوجوه وهو المذهب لأنه لا يجب له المثل ابتداء لوجود عين ماله ولا أرش العيب لأنه لا يمكن معرفته وضبطه اذاً

سواء أجنى على سيده أو غيره[1]، وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر[2]، وتضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة اذا تلفت أو نقصت كالاصل[3]

فصـــل

وان خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل إن خلط حنطة

---

(١) قوله « وان جنى المغصوب الخ » هـذا المذهب لأن جنايته نقص فيه لتعلقها برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه، وسواء فى ذلك ما يوجب القصاص أو المال وسواء جنى على سيده أو غيره لأن جنايته على سيده من جملة جناياته . وكذا حكم ما اتلفه القن المغصوب من مال اجنبي أو سيده لما سبق ، ولا يسقط ذلك برد الغاصب له لأن السبب وجد فى يده فلو بيع فى الجناية رجع ربه على الغاصب بالقدر المأخوذ منه

على قوله « فعليه » * أى الغاصب

(٢) قوله « وجنايته الخ » وهذا المذهب لأنها جناية لو كانت على أجنبي لوجب ارشها على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه الا فى القود ، فلو قتل المغصوب عبدا لأحدهما أى الغاصب أو غيره من اجنبي أو سيده عمدا فلسيد المقتول قتله به ثم يرجع السيد على الغاصب بقيمته لأنه حق تعلق بنفسه لا يمكن تضمينه لغيره . وفى المستوعب من استعان بعبد غيره بلا اذن سيده فحكم المستعين حكم الغاصب حال استخدامه فيضمن جنايته ونقصه وجزم به فى المبدع وكذا فى المنتهى فى الديات

(٣) قوله « وتضمن زوائد الغصب الخ » هـذا المذهب فاذا غصب حاملا أو حائلا فحملت عنده فالولد مضمون عليه ، ثم إذا ولدت فلا يخلو إما أن تلده حيا أو ميتا فأن ولدت ميتا فلا شيء عليه لأنه لا يعلم حياته ، هذا ان كان غصبها حاملا وإن كانت قد حملت به عنده فكذلك عند القاضى وابن عقيل وقدمه فى المغنى والشرح والفروع ، وعند أبى الحسين بن القاضى يضمنه بقيمته لو كان حيا وقال الموفق ومن تبعه والأولى أن يضمنه بعشر قيمة أمه وان ولدته ميتا بجناية ضمنه الجانى بعشر قيمة أمه وكذا ولد بهيمة مغصوبة حكمه حكم أمه فيما سبق ، لكن إذا ولدته ميتا بجناية يضمن بما نقص أمه لا بعشر قيمتها

أو زيتا بمثله لزمه مثله منه فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يلزمه مثله من حيث شاء ، وإن خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه لزمه مثله فى قياس التى قبلها . وظاهر كلامه انهما شريكان بقدر ملكيهما [١] ، وان غصب ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بزيت فنقصت قيمتها أو قيمة أحدهما ضمن النقص [٢] ، وان لم تنقص أو زادت قيمتها فهما شريكان بقدر ملكيهما [٣] ، وان زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه [٤] . وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه

على قوله « فى أحد الوجهين » ﴿ وهو المذهب

على قوله « أو بغير جنسه » ﴿ يعنى على وجه لا يتميز منه

(١) قوله « وظاهر كلامه الخ » هذا المذهب

[فائدتان] إحداهما لو خلط الزيت بالشيرج ودهن اللوز بدهن الجوز ودقيق الحنطة بدقيق الشعير فالمنصوص الشركة وعليه أكثر الأصحاب كالتى قبلها وقد شمله كلام المصنف . وقياس المذهب وجوب المثل عند القاضى قال الحارثى وهو أظهر

(الثانية) لو خلط درهما بدرهمين لآخر فتلف اثنان فما بقى بينهما أثلاثا أو نصفين يتوجه فيه وجهان . قال فى الانصاف قلت الذى يظهر ان لصاحب الدرهمين نصف الباقى لا غير وذلك لأنه يحتمل أن يكون التالف ماله كله فيختص الدرهم به ، ويحتمل أن يكون التالف درهم لهذا ودرهم لهذا فيختص صاحب الدرهمين بالباقى فتساويا

(٢) قوله « ضمن النقص » أى لأنه حصل بتعديه ، فان كان النقص بسبب تغير الأسعار لم يضمنه على المذهب

(٣) قوله « وان لم تنقص الخ » أى لأن عين الصبغ ملك الغاصب واجتماع الملكين يقتضى الاشتراك

(٤) قوله « وان زادت الخ » أى لصاحب الملك الذى زادت قيمته لأنها تبع الأصل فعلى هذا ان كانت لزيادة الثياب فى السوق كانت الزيادة لمالك الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهى لمالك الصبغ

ويحتمل أن يجبر اذا ضمن الغاصب النقص[1] ، وان وهب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزم المالك قبولها ؟ على وجهين[2] . وان غصب صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلتّ به سويقا احتمل أن يكون كذلك ، واحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثليا[3]، وإن غصب ثوبا وصبغا فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء له فى زيادته ، ويتخرج فيه مثل الذى قبله

فصل

وان وطىء الجارية فعليه الحد والمهر وان كانت مطاوعة وأرش البكارة[4]

---

(١) قوله « وإن أراد أحدهما الخ » أى يمنع طالب قلع الصبغ منهما لأن المريد للقلع اما الغاصب لم يجبر المغصوب منه لأن ماله ينقص بسبب أخذه أو المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه لأن الصبغ يهلك بالاخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بدونه وهو البيع . وهذا المذهب

(٢) قوله « وان وهب الصبغ الخ » المذهب أنه يلزمه قبول ذلك لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة فى المسلم به وكنسيج الغزل لا هبة مسامير سمر بها الباب المغصوب فان أراد مالك الثوب بيعه فله ذلك لأنه ملكه : وان أراد الغاصب بيعه لم يجب اليه لتعديه

[فائدة] لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة فقال القاضى وابن عقيل ظاهر كلام أحمد لا يجبر الغاصب على القبول واختاراه . وذكر المصنف وجها بالاجبار . قال الحارثى وهو الصحيح

(٣) قوله « وان غصب صبغاً الخ » أى يكونان شريكين بقدر ملكيهما كما لو غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده . وهذا المذهب

على قوله « ويتخرج الخ » . وهذا التخريج ليس فى النسخ

(٤) قوله « وان وطىء الجارية الخ » هذا المذهب فعلى هذا عليه حد الزنا لأنها ليست زوجة ولا ملك يمين ، وعليه مهر مثلها لأنه يجب بالوطء فى غير ما ذكرنا وان كانت مطاوعة لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت فى قطع طرفها ، وعنه لامهر لمطاوعة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن مهر البغى =

وعنه لا يلزمه مهر الثيب ، وإن ولدت فالولد رقيق للسيد ويضمن نقص الولادة[١] ، وان باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء[٢] نقصها ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها ان تلف، فان ضمن الغاصب رجع على الآخر[٣]. ولا يرجع الآخر عليه[٤]، وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا

= وجوابه بأنه محمول على الحرة ويجب أرش البكارة لأنه بدل جزء منها وقيل لا يجب لدخوله فى مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة . وعنه لا يلزمه مهر الثيب لأنه لم ينقصها ولم يؤلمها اختاره أبو بكر والخرقى وابن عقيل والشيخ تقى الدين ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة نقله عنه فى الفائق

(١) قوله « وان ولدت الخ » أى بلا نزاع لأنه من نمائها وأجزائها ، لكن لو انفصل ميتاً فلا يخلو اما أن يكون مات بجناية أو لا، فان كان بجناية فلا يخلو اما أن تكون من الغاصب أو غيره ، فان كانت من الغاصب فقال المصنف فى المغنى والشارح وغيرهما عليه عشر قيمة أمه ، وان كانت الجناية من غير الغاصب فعليه عشر قيمة أمه بلا نزاع يرجع به على من شاء منهما والقرار على الجانى ، وان كان مات من غير جناية فالصحيح من المذهب أنه لا يضمنه لانه لا يعلم حياته

[فائدتان] أحداهما هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالماً ، فاما ان كان جاهلا بالتحريم لم يحد وعليه المهر وأرش البكارة والولد فله يلحقه نسبه لمكان الشبهة ، وهى ان كانت مطاوعة عالمة بالتحريم فعليها الحد ان كانت من أهله وإلا فلا

(الثانية) لو غصبها حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة ، فان مات فقال الخرقى يضمنه بأكثر ما كانت قيمته ، وان ماتت الأم بالولادة وجب ضمانها ، وكذا لو غصبه مريضا فمات فى يده

(٢) قوله « تضمين أيهما شاء » أما الغاصب فلأنه السبب فى إيصالها إلى الغير ، وأما المشترى والمتهب لأنه المتلف

(٣) قوله « رجع على الآخر » أى لأن النقص حصـــل فى يده والمنفعة حصلت له

(٤) قوله « ولا يرجع الخ » أى لانه المتلف فاستقر الضمان عليه قال فى الانصاف : وهذا كله بلا نزاع أعله

على الغاصب[١]، وإن ولدت من أحدهما فالولد حر[٢] ويفديه بمثله فى صفاته تقريبا[٣] ويحتمل أن يعتبر مثله فى القيمة، وعنه يضمنه بقيمته ويرجع به على الغاصب[٤] وإن تلفت فعليه قيمتها[٥]، ولا يرجع بها إن كان مشتريا، ويرجع بها المتهب، وعنه أن ما حصلت له به منفعة كالاجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به[٦]، وإن ضمن الغاصب رجع على المشترى بما لا يرجع المشترى

---

(١) قوله «رجعا على الغاصب» يعنى إذا ضمن المشترى أو المتهب نقصها ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها وأرش البكارة ان كانت بكرا وهذا المذهب لأنهما دخلا فى العقد على أن يتلفا ذلك بغير عوض فوجب أن يرجعا عليه لكونه غرهما

(٢) قوله «فالولد حر» أى لاعتقاده أنه وطىء مملوكته، ويلحقه النسب لمكان الشبهة

(٣) قوله «ويفديه الخ» أى يفديه المشترى لأنه فوت رقه على السيد باعتقاده حل الوطء أشبه ولد المغرور ويفديه بمثله فى صفاته تقريباً فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى وعامة الأصحاب لأن الولد حر والحر لا يضمن بالقيمة وتضمينه المثل من المفردات. وعنه يضمنه بقيمته وهو المذهب على ما اصطلحناه. وحيث قلنا يفديه بالمثل أو القيمة فيكون ذلك يوم وضعه على الصحيح من المذهب

(٤) قوله «ويرجع الخ» يعنى فداء الأولاد. وهذا المذهب

(٥) قوله «وان تلفت الخ» اذا تلفت عند المشترى فعليه قيمتها للمغصوب منه ولا يرجع على الغاصب بالقيمة على الصحيح من المذهب، لكنه يرجع بالثمن على الغاصب على المذهب لأن البيع باطل فلا يدخل الثمن فى ملك الغاصب واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى. وقال فى الفتاوى المصرية: لو باع عقاراً ثم خرج مستحقاً فإن كان المشترى عالماً ضمن المنفعة سواء انتفع بها أو لم ينتفع وان لم يعلم فقرار الضمان على البائع الظالم وان انتزع المبيع من المشترى فأخذت منه الأجرة وهو معروف رجع بذلك على البائع الغار انتهى. وأما إذا تلفت العين عند المتهب فعليه قيمتها لربها ويرجع بما أغرمه على الغاصب على المذهب لأنه دخل مع الغاصب على أن تسلم له العين

(٦) قوله «وعنه أن ما حصلت الخ» هذه الرواية عائدة إلى قوله وان لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب. لكن هذه الرواية رجع عنها أحمد رحمه الله تعالى.

عليه[1] . وإن ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته ، وهل يرجع بها على الغاصب ؟ على روايتين[2]. وإن أعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الأجرة على الغاصب[3] ، وإذا اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه[4] .

---

(١) قوله « وان ضمن الغاصب الخ » اعلم أن للمالك تضمين من شاء منهما أعنى الغاصب ومن انتقلت اليه منه ،فان ضمن غير الغاصب فقد تقدم حكم رجوعه على الغاصب وعدمه ، وان رجع على الغاصب فهو أربعة أضرب : أحدها قيمة العين فهذا إذا رجع المالك على الغاصب يرجع الغاصب به على المشترى . الثانى قيمة الولد فاذا رجع بها على الغاصب لم يرجع المشترى على الصحيح من المذهب . الثالث المهر وأرش البكارة والأجرة ونحوه فعلى القول برجوع المشترى والمتهب على الغاصب إذا ضمنهما المالك هناك لا يرجع الغاصب عليهما هنا إذا ضمنه المالك ، وعلى القول أنهما لا يرجعان يرجع الغاصب عليهما هنا . الرابع نقص الولادة والمنفعة الفائتة فان رجع المالك على الغاصب لم يرجع به الغاصب على المشترى قولا واحداً

(٢) قوله « وهل يرجع بها الخ » مثال ذلك أن يكون المشترى جاهلا بغصبها فيزوجها لغير عالم بالغصب فتلد منه فهو مملوك فيضمنه من هو فى يده بقيمته إذا تلف ويرجع به على الغاصب على الصحيح من الروايتين وهى المذهب

(٣) قوله « وان أعارها الخ » إذا استعارها من الغاصب عالماً بغصبها فله تضمين الغاصب والمستعير ، فإن ضمن الغاصب رجع على المستعير ، وإن ضمن المستعير لم يرجع على الغاصب بقيمة العين ويرجع عليه بضمان المنفعة على الصحيح من المذهب وهو قول المصنف وضمان الأجرة على الغاصب

(٤) قوله « وان اشترى أرضاً الخ » هذا بلا نزاع على القول بجواز القلع وافادنا المصنف رحمه الله تعالى ان المالك قلع الغرس والبناء وهذا المذهب مطلقاً أعنى من غير ضمان النقص ولا الأخذ بالقيمة وعليه جماهير الأصحاب . وعنه لرب الأرض قلعه ان ضمن نقصه ثم يرجع به على البائع قاله فى المحرر وغيره ، وقال الحارثى وعن أحمد رحمه الله تعالى لا قلع بل يأخذ بقيمته وقدمه فى القاعدة السابعة والسبعين فى غرس المشترى من الغاصب وقال نقله حرب ويعقوب بن بختان وذكر النص وقال وكذلك نقل عنه محمد بن حرب الجرجانى قال وهذا الصحيح ولا يثبت عن أحمد رحمه الله تعالى سواه ونصره بأدلة

ذكره القاضي في القسمة . وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه[١] وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب[٢]، وإن لم يقل فني أيها يستقر الضمان عليه ؟ وجهان[٣]. وإن أطعمه لمالكه ولم يعلم لم يبرأ[٤] نص عليه في رجل له عند رجل تبعة فأوصلها اليه على أنها صلة أو هدية ولم يعلم كيف هذا يعني أنه لا يبرأ ، وإن رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره واستأجره على قصارته وخياطته لم يبرأ إلا أن

[فائدتان] لو بنى فيما يظنه ملكه جاز نقضه لتفريطه ويرجع على من غره . ذكره في الانتصار في الشفيع واقتصر عليه في الفروع

(الثانية) لو أخذ منه ما اشتراه بحجة مطلقة رد بائعه منه ما قبضه منه على المذهب . وقيل ان سبق المالك الشراء وإلا فلا

(١) قوله « استقر الضمان عليه » أي لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً من غير تغرير والمالك تضمين الغاصب لأنه حال بينه وبين ماله والآكل لأن التلف حصل في يده فان ضمّن الغاصب رجع على الآكل وان ضمن الآكل فهدر

(٢) قوله « وان لم يعلم الخ » أي لأنه غره ولاعترافه بأن الضمان باق عليه وهذا الصحيح . وعنه على آكله كآكله بلا إذنه

(٣) قوله « وان لم يقل الخ » أي لم يقل هو طعامي . وفي المغني روايتان إحداهما يستقر الضمان على الغاصب وهو المذهب لأنه غر الآكل وأطعمه على أن لا يضمنه . والثاني يستقر على آكله لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد كآكله بلا إذن

(٤) قوله « وان أطعمه لمالكه الخ » اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله عالماً أنه طعامه برىء غاصبه لأنه أتلف ماله برضاه عالماً وكذا لو أكله بلا إذنه . وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي لم يبرأ الغاصب أيضاً . وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فجزم المصنف هنا أنه لا يبرأ وهو المذهب وهو من مفرداته . قال المصنف وتبعه الشارح ، ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الآكل في أحد الوجهين ، ولو أطعمه لدابة المغصوب منه أو عبده لم يبرأ على الصحيح من المذهب . ولو أطعمه لدابته مع علمه برىء من الغصب وإلا فلا نص عليه

يعلم[١] ، وإن أعاره إياه برئ علم أو لم يعلم[٢] ، ومن اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل أن البائع غصبه منه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر[٣]، وإن صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشترى[٤] ، ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم

[فائدة] قال المصنف والشارح لو وهب المغصوب لمالكه أو أهداه اليه برىء على الصحيح لأنه سلمه اليه تسليما تاماً ، وكذا ان باعه أيضاً وسلمه اليه أو أقرضه إياه وهو رواية . وقال فى القاعدة السادسة والستين : والمشهور أنه لا يبرأ نص عليه معللا بأنه تحمل منته

(١) قوله « وان رهنه عند مالكه الخ » أى لم يبرأ من الضمان لأنه لم يعد اليه سلطانه انما قبضه على أنه أمانة إلا أن يعلم لأنه تمكن من التصرف فيه على حسب اختياره وهذا المذهب ،وقال جماعة من أصحابنا يبرأ مطلقا لعوده الى ملكه

(٢) قوله « وإن أعاره الخ » أى لأنه دخل على أنه مضمون عليه ولا يتأتى وجوب الضمان على الغاصب لعدم الفائدة فى الرجوع . وقيل اذا لم يعلم لم يبرأ جزم به فى التلخيص . قال الحارثى ومقتضى النص الضمان وبه قال ابن عقيل وقدمه فى الرعايتين والحاوى الصغير والفائق وقال اختاره الشيخ يعنى به المصنف والظاهر أنه أراد ما قدمه فى الكافى ولم يعاود المغنى والمقنع

[فائدة] لو باعه اياه أو اقرضه فقبضه جاهلا لم يبرأ على المنصوص قاله الحارثى واختار المصنف أنه يبرأ

(٣) قوله « لم يقبل على الآخر » أى بلا نزاع لأنه لا يقبل اقراره على غيره لكن إن أقام المدعى بينة بما ادعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشترى على البائع بالثمن

(٤) قوله « وإن صدقاه الخ » هذا المذهب لأنه حق لله تعالى بدليل أنه لو شهد به شاهدان وأنكره العبد لم يقبل منه وللمالك تضمين من شاء منهما قيمته يوم العتق ، فان ضمن البائع رجع على المشترى وان ضمن المشترى لم يرجع على البائع إلا بالثمن . وان مات العبد وخلف مالا فهو لوارثه فان لم يكن فهو للمدعى لاتفاقهم على أنه له ولا ولاء عليه لأن أحدا لا يدعيه وإن صدق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشترى بالثمن

فصل

وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلا أو موزونا[١]، وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه[٢]، وقال القاضي يضمنه بقيمته يوم القبض، وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه، وإن لم يكن مثليا ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده[٣]، ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه، فان كان مصوغا أو تبرا

---

(١) قوله « وان تلف المغصوب الخ » هذا المذهب وكذا لو اتلفه لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ولأنه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثليا كالمكيل والموزون وجب المثل قال ابن عبد البر: كل مطعوم من مأكول ومشروب فمجمع على أنه يجب على مهلكه مثله لا قيمته . وعنه يضمنه بقيمته

[فائدة] محل هذا إذا كان باقيا على أصله فأما مباح الصناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المغزول ونحو ذلك فانه يضمن بقيمته لأنه خرج عن أصله جزم به في المغني والشرح والفروع وغيرهم

(٢) قوله « وإن اعوز الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته . وقال القاضي : تجب قيمته يوم قبض البدل . وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم الحاكم بها . ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها أنه يستحق طلبها فعلى هذا إن قدر على المثل قبل أخذ القيمة وجب رد المثل وإن كان بعد أخذها اجزأت ولا يلزمه ردها على الصحيح

[فائدة] الصحيح من المذهب أن المثلي هو المكيل والموزون نص عليه

على قوله « وقال القاضي يضمن بقيمته » * وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : ويضمن المغصوب بمثله مكيلا أوموزونا أوغيرهما حيث أمكن وإلا فالقيمة وهذا المذهب عند ابن أبي موسى وقاله طائفة من العلماء ، وإذا تغير السعر فقد تعذر المثل وينتقل إلى القيمة وقت الغصب وهو أرجح الأقوال . انتهى

(٣) قوله « وان لم يكن مثليا الخ » هذا المذهب وهو من المفردات لقوله عليه الصلاة والسلام « من اعتق شركا له في عبد قوم عليه » متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمره بالمثل لأن هذه الأشياء لا تتساوى =

تخالف قيمته وزنه قوّمه بغير جنسه فان كان محلى بالنقدين معا قوّمه بما شاء منهما وأعطاه بقيمته عرضا[1]،وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه كزوجى خف تلف أحدهما فعليه رد الباقى وقيمة التالف وأرش النقص[2] وقيل لا يلزمه أرش النقص ، وإن غصب عبدا فأبق أو فرسا فشرد أو شيئاً تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته[3]،فان قدر عليه بعدُ رده[4]وأخذ القيمة[5]

=أجزاؤها فالقيمة فيها أعدل.وعنه يضمن المغصوب بمثله مطلقا وقاله ابن أبى موسى واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى واحتج بقوله تعالى ﴿ فآتوا الذين ذهبت أزواجهم مثل ما أنفقوا ﴾ ولخبر القصعة

[فائدة] حكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه حكم المغصوب فى اعتبار الضمان بيوم التلف وكذا المتلف بلا غصب بغير خلاف

على قوله « فى بلده » ، أى بلد غصبه

على قوله « يوم غصبه » ، هذا رواية عن أحمد

(١) قوله «فان كان الخ» هذا المذهب إذا كانت الصناعة فيه مباحة كحلى النساء لئلا يؤدى إلى الربا . وقال القاضى يجوز تقويمه بجنسه لأن الزيادة فى مقابلة الصنعة فلا يؤدى إلى الربا واختاره فى الفائق

على قوله « وأعطاه بقيمته عرضا » ، لئلا يفضى إلى الربا

(٢) قوله « فعليه رد الباقى الخ » هذا المذهب بلا ريب لأن النقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوبا ينقصه الشق فشقه ثم تلف

(٣) قوله « ضمن قيمته» أى للمالك للحيلولة لا أنه على سبيل العوض ويملكها

(٤) قوله « فان قدر عليه بعدُ رده » أى ولا يملكه الغاصب باداء القيمة بل يرده إذا قدر مع نمائه المنفصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله

(٥) قوله « وأخذ القيمة » أى التى أخذها المالك بدلا عنه ، لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من القيمة إن كانت باقية بزيادتها المتصلة من سمن ونحوه لأنها تتبع فى الفسوخ وهذا فسخ ولا يرد المنفصلة بلا نزاع لانها نماء ملكه . وان كانت القيمة تالفة فعليه مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت متقومه . وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة ؟ فيه وجهان . وكذلك إذا اشترى شراء فاسدا هل يحبس المشترى المبيع على رد الثمن ؟ قال فى التلخيص والصحيح أنه لا يحبس بل يدفعان إلى عدل ليسلم إلى كل واحد ماله

وإن غصب عصيرا فتخمر فعليه قيمته ، فان انقلب خلا رده وما نقص من قيمة العصير

فصـــل

وإن كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه فى يده (١) وعنه التوقف فى ذلك ، وقال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه ، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه ، وإن غصب شيئا فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة (٢) ، وفيما بعده وجهان

فصل

وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة فى أحدى الروايتين (٣)، والأخرى صحيحة (٤). فان اتجر

---

(١) قوله « وإن كان للمغصوب الخ » يعنى إذا كانت تصح إجارته هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه فى قضايا كثيرة سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لاتضمن المنافع وهو الذى نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد رحمه الله تعالى فيمن غصب دارا فسكنها عشرين سنة : لا أجترئ أن أقول عليه أجر ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر

[فائدتان] : لو كان العبد ذا صنائع لزمه أجرة أعلاها فقط

(الثانية) منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المقبوض تضمن بالفوات والتفويت

(٢) قوله « إلى وقت أداء القيمة » أى لأن منافعها إلى وقت أدائها مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها

(٣) قوله « لا تصح فى إحدى الروايتين » وهذا المذهب لأن ذلك التصرف تصرف الفضولى

(٤) قوله « والأخرى الخ » أى مطلقا ذكره أبو الخطاب لأن الغاصب تطول مدته غالبا وتكثر تصرفاته ففى إبطالها ضرر كبير وربما عاد بعض الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يكون الربح للمالك والعوض بزيادته ونمائه له والحكم ببطلانها يمنع ذلك قال فى الشرح وينبغى ان يتقيد فى العقود بما لم يبطله المالك فإن اختار ابطاله باخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافا

بالدراهم فالربح لمالكها (١) ، وإن اشترى فى ذمته ثم نقدها فكذلك (٢) . وعنه الربح للمشترى (٣)، وإن اختلفا فى قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب (٤) ، وإن اختلفا فى رده أو عيب فالقول قول المالك (٥) ، وإن بقيت فى يده غصوب لا يعرف أربابها تصدق بها عنهم

---

(١) قوله « وان اتجر بالدراهم الخ » أى بان غصبها واتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها وهذا المذهب وهو من مفرداته وهذا حيث تعذر رد المغصوب الى المالك ورد الثمن الى المشترى

(٢) قوله « وان اشترى فى ذمته فكذلك » أى فالربح للمالك وهو الصحيح من المذهب وهو من المفردات لانه نماء ملكه

(٣) قوله « وعنه الخ» أى لأنه اشترى لنفسه فى ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقى فعليها له الوطء نقله المروذى

[فوائد] الأولى لو اتجر بالوديعة فالربح للمالك على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية الجماعة

(الثانية) لو دفع المال مضاربة أو الوديعة فالربح على ماتقدم ولا شىء للعامل على المالك وان علم فلا شىء له على الغاصب والا فله عليه أجر المثل

(الثالثة) اجارة الغاصب للمغصوب وهو كالبيع على ما تقدم

(الرابعة) لو أنكح الأمة المغصوبة ففى البطلان والصحة ما قاله المصنف ، فان وهبه فالصحيح البطلان

(الخامسة) تذكية الغاصب للحيوان المأكول وفى افادتها لحل الأكل روايتان احداهما هو ميتة والثانية يحل وهى المذهب

(٤) قوله « وإن اختلفا الخ » وهو المذهب قال فى الإنصاف : لا أعلم فيه خلافاً لأن الأصل براءة الذمة ما لم يقم عليه حجة

(٥) قوله « وان اختلفا فى رده الخ » قال فى الإنصاف بلا نزاع أعلمه لأن الأصل عدم الرد والعيب لكن لو شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب فقال المالك حدث عند الغاصب وقال الغاصب بل كان فيه قبل غصبه فالقول قول الغاصب على الصحيح من المذهب وكذا لو اختلفا فى زيادة قيمة المغصوب أى فى وقت الزيادة قدم قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلو اختلفا فى الثياب التى على العبد فهى للغاصب لأنها فى يده ولم يثبت أنها لمالك العبد

بشرط الضمان كاللقطة (١)

فصل

ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه (٢)، وان فتح قفصا عن طائره أو حل قيد عبده أو رباط فرسه أو وكاء زق مائع أو جامد فأذابته الشمس أو بقى بعد حله قاعدا فألقته الريح فاندفق ضمنه (٣)، وقال القاضى لا يضمن ما ألقته الريح

---

(١) قوله « وان بقيت فى يده غصوب الخ » إذا بقى فى يده غصوب لا يعرف أصحابها فسلمها إلى الحاكم برىء من عهدتها بلا نزاع ويجوز له الصدقة بها عنهم بشرط الضمان ويسقط عنه إثم الغصب على الصحيح من المذهب وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله يصرفه فى المصالح وكذا حكم الرهون والودائع وسائر الأمانات . ولا يجوز لمن هذه الأشياء فى يده وقلنا له الصدقة بها أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة نص عليه ، وخرج القاضى جواز الأكل إذا كان فقيرا وأفتى به الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى الغاصب إذا تاب

(٢) قوله « ومن أتلف مالا الخ » وسواء كان عمداً أو سهواً إذا كان بغير إذنه بغير خلاف نعلمه ويستثنى منه الحربى إذا اتلف مال المسلم فانه لا يضمنه وغير المحترم كمال حربى وصائل ورقيق حال قطعه الطريق ونحوهم كآلات لهو وآنية خمر وآنية ذهب وفضة وصليب وصنم فهذا لا يضمنه

[فوائد] منها قال فى الفائق قلت ولو اتلف لغيره وثيقة بمال لا يثبت ذلك المال الا بها ففى إلزامه ما تضمنته احتمالان أحدهما يلزمه كقول المالكية انتهى . قال فى الإنصاف : قلت وهو الصواب

(الثانية) لو أكره على إتلاف مال الغير فقيل يضمنه مكرهه وهو الصحيح من المذهب

(الثالثة) إذا أغرى إنسان ظالماً بأخذ مال إنسان أو دله عليه أو على ماله ضمنه المغرى لتسببه

(الرابعة) لو غرم بسبب كذب عليه عند ولى الأمر فللغارم تغريم الكاذب وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

(٣) قوله « وان فتح قفصاً الخ » هذا المذهب فى ذلك كله فلو بقى الطائر فى محله وكذا الآخرين حتى نفرهما آخر وذهبا فالضمان على المنفر لأن سببه أخص

وإن ربط دابة فى طريق فأتلفت أو اقتنى كلبا عقورا فعقر أو خرق ثوبا ضمن[1] إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه ، وقيل فى الكلب روايتان فى الجملة وان أجج نارا فى ملكه أو سقى ارضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه ضمن إذا كان قد اسرف فيه او فرط وإلا فلا[2]، وان حفر فى فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها [3] ، وان حفرها فى سابلة لنفـــع المسلمين لم يضمن فى اصح

على قوله « أو حل قيد عبده » « أو أسيره أو دفع لأحدهما مبرداً فبرده وذهبا أو فتح اصطبلا فضاعت الدابة أو حل رباط فرس

(١) قوله « وان ربط الخ » شمل مسئلتين احداهما أن يكون الطريق ضيقاً فيضمن ما أتلفت ولوكان ما أتلفت بنفح رجلها نص عليه وكذا لوضربها فرفسته فمات ضمنه ذكره فى الفنون . المسألة الثانية أن يكون الطريق واسعاً فظاهر ما قطع به المصنف هنا أنه يضمن ونص عليه وقدمه فى القواعد وقال هـذا المنصوص . والرواية الثانية لا يضمن إذا لم تكن فى يده وهـــو ظاهر ما جزم به فى الوجيز وقدمه فى الرعايتين والحاوى الصغير وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى أنه لا يضمن إذا كان واقفا لحاجة والطريق واسع وقواه الحارثى

على قوله « وان ربط دابة فى طريق فأتلفت شيئاً » « ولو كان الطريق واسعاً ضمن راكبها وموقفها لحديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما مرفوعاً « من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فاوطأت بيد أو رجل فهو ضامن » رواه الدارقطنى . أو ترك فى الطريق طيناً أو قشر بطيخ أو رش فيه ماء فزلق انسان ضمن

على قوله « فى الجملة » « أى سواء كان فى منزل صاحبه أو خارجاً عنه دخل باذن صاحب المنزل أو لا

(٢) قوله « وان أجج ناراً الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب بأن أججها بما تسرى فى العادة لكثرتها أو فى ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى لأنها سراية عدوان فلزمه الضمان فلو أججها ثم طرأت ريح لم يضمن

(٣) قوله « وان حفر فى فنائه الخ » هذا المذهب لأنه متسبب إلى اتلاف غيره وسواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه وسواء كان فيها ضرر أو لا ، وقال أصحاب الشافعى وان حفرها بإذن الإمام لم يضمن . والفناء ما كان خارج الدار قريباً منها وقال بعض أصحابنا له حفرها لنفسه بإذن الإمام فعليه لا ضمان لأن للامام =

الروايتين(١) وان بسط فى مسجد حصيرا او علق فيه قنديلا لم يضمن ما تلف به ، وان جلس فى مسجد او طريق واسع فعثر به حيوان لم يضمن فى احد الوجهين ، (٢) وان اخرج جناحا او ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء اتلفه ضمن (٣) ، وان مال حائطه فلم يهدمه حتى اتلف شيئا لم يضمنه نص

= أن يأذن فيما لا ضرر فيه . وجوابه بأنه حفر فى مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن ولا تسلم أن للامام الاذن فيه فدل أنه لا يجوز لوكيل بيت المال وغيره بيع شيء من طريق المسلمين النافذ وأنه ليس لحاكم الحكم بصحته وقاله الشيخ تقى الدين

[فائدة] لو حفر الحر بئراً بأجرة أو لا وثبت علمه أنها فى ملك غيره نص عليه ضمن الحافر قاله القاضى وابن عقيل والمصنف وغيرهم من الأصحاب وقدمه فى الفروع وقال ونصه هما وقدمه الحارثى وقال هو مقتضى إيراد ابن أبى موسى يعنى أنهما ضامنان وان جهل ضمن الآمر

(١) قوله « وان حفرها فى سابلة الخ » يعنى إذا لم يكن فيه ضرر وهذا المذهب بهذا الشرط قال فى الوجيز وغيره : ان كانت السابلة واسعة ، وهو قيد حسن لأنه محسن بفعله غير متعد

[فائدة] حكم البناء فى الطريق كالحفر فيه مسجداً كان أو غيره

على قوله « لم يضمن فى أصح الروايتين » ، وكذا لو حفرها فى موات لتملك أو ارتفاق أو انتفاع عام لم يضمن وينبغى أن يحمل عليها حاجزاً لتتوقى وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها .

(٢) قوله « وان جلس فى مسجد الخ » وهو المذهب لأنه جلس فى مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد . وتقييده بالواسع يخرج الضيق

(٣) قوله « وان أخرج جناحا الخ » أى يضمن المخرج إذا أخرجه بغير إذن أهله لأنه متعد بذلك فوجب عليه ضمان ما تولد منه ، وكذا حكم الميزاب إذا أخرجه على طريق نافذ وبه قال أبو حنيفة ، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعد بإخراجه ، ويستثنى منه ما إذا كان غير نافذ أو أخرج ذلك بإذن أهله فانه لا ضمان لعدم تعديه

عليه (١) ، وأومأ فى موضع أنه إن تقدم اليه بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن(٢) ، وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها (٣) إلا أن تكون فى يد انسان كالراكب والسائق والقائد فيضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها (٤) ، وما أفسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما أفسدت من

على قوله « إلى طريق » ، أى سواء كان نافذاً أو لا مالم يأذن فى الطريق النافذ فقط إمام أو نائبه ولم يكن فيه ضرر على المارة

(١) قوله « وان مال حائطه الخ » هذا المذهب لأن الميل حادث والسقوط بغير فعله أشبه ما لو وقع قبل ميله وسواء أمكنه نقضه أو طولب به أو لا

(٢) قوله « وقد أومأ الخ » وهذا مذهب مالك وبنحوه قال الحسن والنخعى وقال أبو حنيفة الاستحسان أن يضمن لأن الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك على قوله « ضمن » ، والمطالبة لكل مسلم أو ذمى لأن الحق فيه لعامة الناس . وان تقدم اليه بنقضه فباعه مائلا فسقط على شىء فلا ضمان على بائع فيما تلف لأن الحائط ليس ملكه حال السقوط قال ابن عقيل ان لم يكن حيلة على الفرار من نقضه فيضمن ولا ضمان على مشترلأنه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه وأقبضه ، وحيث وجد الضمان والتالف آدمى فالدية على عاقلته

(٣) قوله « وما أتلفت البهيمة الخ » إذا لم يكن يد أحد عليها لقوله عليه الصلاة والسلام « والعجماء جبار » أى هدر وسواء كان المتلف صيد حرم أو غيره أطلقه أصحابنا ومرادهم الا الضارية والجوارح وشبهها قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فيمن أمر رجلا بإمساكها : ضمنه إذا لم يعلمه بها

(٤) قوله « إلا أن تكون الخ » هذا المذهب ، وقال مالك لا ضمان عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « والعجماء جبار » ولنا ما روى سعيد فى سننه مرفوعاً « الرجل جبار »وفى رواية أبى هريرة رضى الله عنه « رجل العجماء جبار » وتخصيص الرجل دليل على وجوب الضمان فى غيرها ولا يضمن ما جنت رجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رحمه الله تعالى يضمن وهو قول شريح وعلى المذهب لو كان السبب من غيرهم ضمن فاعله كنخسها وتنفيرها ويعتبر فى الراكب أن يكون متصرفاً فيها فلو كان عليها اثنان فالضمان على الأول لانه قادر على كفها الا أن يكون صغيراً أو مجنوناً أو مريضاً وان كان الثانى متولياً تدبيرها فعليه الضمان

دمك نهارا (١) ، ومن صال عليه آدمى أو غيره فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه وان اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها ، فان كانت إحداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون قد غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها ، ومن أتلف مزمارا أو طنبورا أو صليبا أو كسر إناء فضة أو ذهب أو اناء خمر لم يضمنه ، وعنه يضمن آنية الخمر ان كان ينتفع بها فى غيره

باب الشفعة

وهى استحقاق الانسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها (٢)، ولا يحل

---

(١) قوله « ويضمن ما أفسدت الخ » وهذا قول مالك والشافعى وأكثر فقهاء الحجاز لما روى مالك عن الزهرى عن حرام بن سعد ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ ان على أهـــل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم قال ابن عبد البر هذا وان كان مرسلا فهو مشهور وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول وظاهره انها إذا اتلفت غير الزرع والشجر ليلا أنه لا ضمان على مالـكها صرح به فى المغنى والشرح والصحيح من المذهب أنه يضمن ما أتلفت ليلا

على قوله « ليلا » * وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

على قوله « ضمن كل منهما سفينة الآخر » * هذا إذا كانا مفرطين فان لم يكن فلا ضمان عليهما

(٢) قوله « وهى استحقاق الخ » هذا بيان لمعناها ، ولا يخفى ما فيه الاحتراز لـكنه غير جامع لخروج الصلح بمعنى البيع والهبة بشرط الثواب ولا مانع لأنه يرد عليه الـكافر ولا شفعة له والأحسن أن يقـال هى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت اليه ان كان مثله أو دونه بعوض مالى بثمنه الذى استقر عليه العقد . والشفعة ثابتة بالسنة فروى جابر رضى الله عنـه ان النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه أحمد والبخارى وبالاجماع حـكاه ابن المنذر وقال فى المغنى ولا نعـلم أحداً خالف فيها إلا الاصم

الاحتيال لاسقاطها (١). ولا تثبت إلا بشروط خمسة : (أحدها)

---

(١) قوله « ولا يحل الاحتيال » قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى : لا يجوز شيء من الحيل فى إبطالها ولا إبطال حق مسلم واستدل الأصحاب بما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » رواه ابن بطة بإسناده . وقد حرم الله الحيل فى مواضع من كتابه . والمذهب أنها لا تسقط بالحيلة والحيلة أن يظهرا فى البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئا فى الباطن على خلافه ، فمن صور الاحتيال أن تكون قيمة الشقص مائة وللمشترى عرض قيمته مائة فيبيعه العرض بمائتين ثم يشترى الشقص منه بمائتين فيتقاصان أو يتواطآن على أن يبيعه الشقص بمائتين ثم يدفع اليه عشرة دنانير عن المائتين وهى أقل فلا يقدم الشفيع عليه لنقصان قيمته عن المائتين . ومنها إظهار كون الثمن مائة ويكون المدفوع فى الباطن عشرين فقط . ومنها أن يظهر أن الثمن مائة فيبريه من ثمانين من المائة ويأخذ عشرين . ومنها أن يهبه الشقص ويهب له الموهوب له الثمن ، ومنها أن يبيعه الشقص بصبرة دراهم معلومة بالمشاهدة مجهولة المقدار ليمنع الشفيع من الشفعة لجهالة الثمن أو يبيعه الشقص بجوهرة ونحوها مما يجهل قيمته فالشفيع على شفعته فى جميع ذلك فيدفع فى الصورة الأولى قيمة العرض مائة أو مثل العشرة دنانير وفى الثانية والثالثة عشرين وفى الرابعة مثل الثمن الموهوب له وفى الخامسة مثل الثمن المجهول أو قيمته إن كان باقياً ولو تعذر معرفة الثمن بتلف أو موت دفع اليه قيمة الشقص وان تعذر علم قدر الثمن من غير حيلة على إسقاط الشفعة بأن قال المشترى لا أعلم قدر الثمن فقول المشترى بيمينه وانه لم يفعله حيلة وتسقط الشفعة حيث جهل فإن اختلف الشفيع والمشترى هل وقع شيء من ذلك حيلة أو لا فقول المشترى بيمينه وتسقط فإن نكل قضى عليه بالنكول وان خالف أحدهما ما تواطئا عليه كما لو تواطئا على أن الثمن عشرون وأظهراه مائة فقال صاحبه بما أظهراه لزمه فى ظاهر الحكم ان لم يقم بينة بالتواطؤ وله تحليفه . قال فى الفائق ومن صور التحيل أن يقفه المشترى أو يهبه حيلة لإسقاطها فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة ويغلط من يحكم بها ممن ينتحل مذهب أحمد رحمه الله تعالى

أن يكون مبيعا [1] ، ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال [2] ، ولا فيما عوضه غير المال كالصداق ، وعوض الخلع والصلح عن دم العمد فى أحد الوجهين

فصـــل

(الثانى) ان يكون شقصا مشاعاً من عقار ينقسم [3]، فأما المقسوم المحدد فلا شفعة لجاره فيه [4] ، ولا شفعة فيما لا تجب

---

(١) **قوله** « أن يكون مبيعاً » هذا محل وفاق والخبر وارد فيها ويكون الشقص مصالحاً به صلحاً بمعنى البيع بأن يقر له بدين أو غيره فيصالحه عن ذلك بالشقص أو يكون الشقص مصالحاً به عن جناية للمال كقتل الخطأ وشبه العمد وأرش الجائفة أو يكون موهوبا هبة مشروطاً فيها ثواب معلوم

(٢) **قوله** « ولا شفعة الخ » هذا الصحيح من المذهب لأنه مملوك بغير المال أشبه الارث فلو جنى جنايتين عمدا وخطأ فصالحه منهما على شقص أخذ بها فى نصف الشقص ، وكذا لا شفعة فيما أخذه أجرة أو جعالة أو ثمناً فى سلم إن صح جعل العقار رأس مال سلم أو عوناً فى كتابة ، ولا تجب الشفعة بفسخ يرجع به الشقص إلى العاقد أى البائع كرد الشقص بعيب أو مقايلة أو غبن أو اختلاف متبايعين فى الثمن أو خيار مجلس أو شرط أو تدليس لأن الفسخ رفع للعقد

على **قوله** « بغير عوض » « كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية فى قول أكثر العلماء لأن ذلك ليس فى معنى البيع

على **قوله** « فى أحد الوجهين » « والوجه الثانى تجب اختاره ابن حامد ، وقاله ابن شبرمة وابن أبى ليلى لأنه مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع وبه قال مالك والشافعى

(٣) **قوله** « من عقار ينقسم » هذا المذهب والمراد بالعقار هنا الارض دون الغراس والبناء لما يأتى ، وظاهر كلام أهل اللغة بل صريحه أن النخل عقار

(٤) **قوله** « فأما المقسوم المحدد الخ » هـذا المذهب وهو قول عمر وعثمان وخلق لحديث جابر رضى الله عنه ولقوله الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة رواه الشافعى وعنه إنما تثبت للجار حكاها القاضى يعقوب فى التبصرة =

قسمته(١) كالدار الصغير والبئر والطرق والعراص الضيقة وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد فى إحـــدى الروايتين ، إلا أن البناء والغراس يؤخذ تبعـا للأرض ، ولا تؤخـذ الثمرة والزرع تبعـا فى

= وصححها ابن الصيرفى والحارثى وكذا اختار الشيخ تقى الدين مع الشركة فى الطريق لما روى جابر رضى الله عنه مرفوعاً أنه قال الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً ، رواه الخمسة وحسنه الترمذى ، وروى أبو رافع أن النبى ﷺ قال « الجار أحق بصقبه » رواه البخارى ورواه النسائى ، والاول أولى لأن حديث أبى رافع ليس بصريح فيها فالصقب القرب فيحتمل أنه أحق بإحسان جاره وصلته مع أن خبرنا صريح ويحتمل أنه أراد بالجار الشريك

[فوائد] منها شريك المبيع أولى من شريك الطريق على القول بالأخذ قاله الحارثى

(الثانية) عدم الفرق فى الطريق بين كونه مشتركا بملك أو باختصاص قدمه الحارثى وقال ومن الناس من قال المعتبر شركة الملك لا شركة الاختصاص وهو الصحيح

(الثالثة) لا شفعة بالشركة فى الشرب مطلقاً وهو النهر أو البئر يسقى أرض هذا وأرض هذا ، فاذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقـه من الشرب وهذا المذهب ونص عليه

(١) قوله « ولا شفعة فيما لا تجب الخ » وهذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة » رواه أبو عبيد فى الغريب . المنقبة الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد . والثانية بلى اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزى والشيخ تقى الدين قال الحارثى : وهو الحق لما روى ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعاً « الشريك شفيع والشفعة فى كل شىء » رواه الترمذى والنسائى متصلا ومرسلا وهو أصح قاله الدارقطنى، والذى وصله أبو حمزة السكرى وهو مخرج عنه فى الصحيحين ولأنها وضعت لازالة الضرر ووجوده فيما لم يقسم أبلغ

على قوله « وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المنفرد » ٭ وجوهر وسيف وسفينة وزرع وثمرة

أحد الوجهين[1]

فصل

(الثالث) المطالبة بها على الفور[2] ساعة يعلم[3] نص عليه، وقال القاضى له طلبها فى المجلس وان طال فان أخره سقطت شفعته إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب بها ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه أو لم يشهد

---

(١) قوله «ولا تؤخذ الثمرة الخ» وهو المذهب لان ذلك لا يدخل تبعاً فلا يدخل فى الشفعة، والثانى يؤخذ تبعاً كالغراس

على قوله «ولا تؤخذ الثمرة» « وقيدها فى المغنى والشرح بالظاهرة

(٢) قوله «الثالث الخ» هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء فى كتبهم ورده الحارثى بأنه لا يعرف فى كتب الحديث ولقوله أيضاً «الشفعة كحل العقال» رواه ابن ماجه ولان ثبوتها على التراخى ربما أضر بالمشترى لعدم استقرار ملكه

(٣) قوله «ساعة يعلم» هذا المذهب أى بأن يشهد الشفيع بالطلب ساعة يعلم بالبيع ان لم يكن عذر يمنعه من الطلب فإن كان عذر مثل أن لا يعلم أو علم ليلا فأخره إلى الصبح أو أخره لشدة جوع أو عطش حتى إذا أكل أو شرب أو أخره لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليقضى حاجته أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسننها أو ليشهدها فى جماعة يخاف فواتها ونحو ذلك فلا تسقط إلا أن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال فطالبته ممكنة ما عدا الصلاة. قال فى الاقناع وشرحه: ثم إذا أشهد على الطلب فله أن يخاصم المشترى ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين لأن الإشهاد دليل على رغبته. ولا يشترط فى المطالبة حضور المشترى لكن ان كان المشترى غائباً عن المجلس حاضراً فى البلد فالاولى ان يشهد على الطلب ويبادر إلى المشترى بنفسه أو بوكيله فان بادر هو أو وكيله من غير اشهاد فهو على شفعته انتهى. وعنه أنها على التراخى وهى قول مالك

على قوله «وان طال» « وهو قول أبى حنيفة

ولكن سار فى طلبها فعلى وجهين[1] ، وان ترك الطلب والاشهاد لعجزه عنهما

---

(١) قوله « ثم ان أخر الطلب الخ » شمل كلامه مسألتين إحداهما أن يشهد على الطلب حين يعلم ويؤخر الطلب بعده مع إمكانه ففيه وجهان أحدهما لا تسقط بذلك وهو المذهب لأن عليه فى السفر عقيب الاشهاد ضرراً لالتزامه كلفته وانقطاع حوائجه ، وفى المغنى إن أخر القدوم بطل الطلب وهو صحيح لانه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الاشهاد وهو غائب لأن الطلب حينئذ لا يمكن بخلاف القدوم . الثانية إذا كان غائباً فسار حين علم فى طلبها ولم يشهد مع القدرة على الاشهاد ففيه وجهان : أحدهما تسقط الشفعة وهو المذهب وهو ظاهر كلام أحمد لان السير قد يكون لطلبها أو لغيره فوجب بيان ذلك بالاشهاد

[فائدتان] يملك الشفيع الشقص بالمطالبة ولو لم يقبضه مع ملاءمتـه بالثمن ، فيصح تصرفه فيه ويورث عنه ولا يعتبر رضا مشتر

(الثانية) لو أخر الطلب مع إمكانه ولو جهلا باستحقاقها ، أو أخر الطلب جهلا بأن التأخير مسقط لها ـ ومثله لا يجهله ـ سقطت وهذا هو المذهب ، قال فى الإنصاف : وفيه وجه آخر أنه إذا نسى المطالبة أو البيع أو جهلها أنها لا تسقط . قلت وهو الصواب قال الحارثى وهو الصحيح . وان أخره جهلا بأن التأخير مسقط فان كان مثله لا يجهله سقطت لتقصيره وان كان مثله يجهله فقال فى التلخيص يحتمل وجهين : أحدهما لا تسقط قال الحارثى وهو الصحيح وجزم به فى الرعاية والنظم والفائق ، قلت وهو الصواب انتهى

على قوله « كالمريض » لا من صداع وألم قليل

على قوله « والمحبوس » ظلماً

على قوله « ومن لا يجد من لا يشهده » أو وجد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق ونحوهما كغير بالغ ، أو وجد من لا يقدم معه إلى موضع المطالبــة ، أو وجد مستورى الحال فلم يشهدهما لم تسقط شفعته

على قوله « أو لاظهارهم زيادة فى الثمن أو نقصاً فى المبيع » أو أنهما تبايعا بدنانير فبانت دراهم أو بالعكس لإنهما جنسان ، أو أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس ، أو أظهر أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لم تسقط

كالمريض والمحبوس ومن لا يجد من يشهده أو لاظهارهم زيادة فى الثمن أو نقصا فى المبيع أو أنه موهوب له أو أن المشـــترى غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصـدقه فهو على شفعته ، وان أخبره من يقبل خبره فلم يصدقه[1] أو قال للمشترى بعنى ما اشتريت أو صالحنى سقطت شفعته[2] ، وان دل فى البيـع أو توكل لأحد المتبايعين[3] أو جعل له الخيـار فاختار إمضاء البيـع فهو على شفعته[4] ، وان أسقط شفعته قبـل البيـع لم

على قوله « أو أنه موهوب له » ﻫ لان من شرطه العوض

على قوله « أو أن المشترى غيره » ﻫ أى غير المشترى باطنا

على قوله « أو أخبره من لا يقبل خبره » ﻫ لفسقه ولم يطالب أو يشهد . لأنه لا يعلم الحال على وجهه ومحله ما لم يصدقه فان صـــدقه سقطت شفعته لأن تصديقه اعتراف بوقوعه

(١) قوله « وان أخبره من يقبل خبره الخ » إذا أخبره عدلان فلم يصدقهما سقطت شفعته لأن ذلك يوجب ثبوت البيع . وان أخبره عدل واحد فلم يصدقه سقطت على الصحيح من المذهب ، والمرأة كالرجل والعبد كالحر على الصحيح من المذهب ، وقال القاضى كالفاسق وهو مذهب الشافعى

(٢) قوله « أو قال للمشترى بعنى الخ » هذا المذهب لأنه يدل على رضاه، فوجب أن تسقط ،وكذا قوله هب لى أو ائتمنى عليه أو بعه ممن شئت وقال القاضى لا تسقط لأنه لم يرض باسقاطها وإنما رضى بمعاوضة عنها فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك ولنا أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ماقاله

(٣) قوله « وان دل الخ » إن دل على البيع أى صار دلالا ـ وهو السفير فى البيع ـ فهو على شفعته قولا واحداً وان توكل لأحد المتبايعين فهو على شفعته أيضاً على الصحيح من المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعى

(٤) قوله « أو جعل الخيار الخ » وبه قال مالك والشافعى . وقال أصحاب الرأى تسقط لأن العقد تم به . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن فى البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع

تسقط[١] ويحتمل أن تسقط ، وان ترك الولى شفعة للصبي فيها حظ لم تسقط وله الأخذ بها إذا كبر[٢] ، وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد ، وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط

فصل

(الرابع) أن يأخذ جميع المبيع ، فان طلب أخذ البعض سقطت شفعته ، فان كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما[٣] ، وعنه على عدد

---

(١) قوله « وان أسقط الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأصحاب الرأى لأنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يسقط ويحتمل أن تسقط وهذا قول الحكم والثورى وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة فى أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول رسول الله ﷺ « وان شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى

على قوله « ويحتمل أن تسقط » • واختاره الشيخ تقى الدين وصاحب الفائق

(٢) قوله « وان ترك الولى الخ » هذا أحد الوجوه واختاره الشيخ تقى الدين وغيره من الأصحاب ، وقيل لا تسقط مطلقاً وله الأخذ بها إذا كبر وهذا المذهب نص عليه لأن حق الأخذ ثبت فلا يسقط بترك غيره كوكيل الغائب ولو كان أبا ، وقيل لا يأخذ المحجور عليه بعد أهليته بالشفعة إلا ان كان فيها حظ له وعليه الأكثر ، ولو عفى الولى عن الشفعة التى فيها حظ لموليه ثم أراد الأخذ فله ذلك لعدم صحة عفوه عنها كما سبق ، وان تجدد الحظ للمحجور عليه ثبت الملك فى المشفوع للصبي ونحوه وليس له نقضه بعد البلوغ

على قوله « للصبي فيها حظ » • أو السفيه أو المجنون

(٣) قوله « فان كانا شفيعين الخ » هذا المذهب نص عليه وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك ، وعنه يقسم بينهم على عدد الرؤس اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشعبي وهو قول ابن أبي ليلى والثورى وأصحاب الرأى لأن كل واحد منهم لو انفرد استحق الجميع فاذا =

الرءوس ، فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك[1] ، فان كان المشترى شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر[2] ، فان ترك شفعته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك[3] ، وإذا كانت دار بين اثنين فباع أحدها نصيبه لأجنبى صفقتين ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالبيعين ، وله أن يأخذ بأحدها فان أخذ بالثانى شاركه المشترى فى شفعته فى أحد الوجهين ، وان أخذ بالأول لم يشاركه ، وان أخذ بها لم يشاركه فى شفعة

= اجتمعوا تساووا كالبنين فى الميراث وكالمعتقين فى سراية العتق . ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد والرجالة فى الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم

(١) **قوله** « فان ترك أحدهما الخ » وهذا بلا نزاع وحكاه ابن المنذر اجماعا ، لأن فى أخذ البعض اضرارا بالمشترى ، ولو وهبها لشريكه أو لغيره لم يصح فان كان أحد الشفعاء غائبا فليس للحاضر أن يأخذ إلا الكل أو يترك كالعفو نص عليه ، لكن إن ترك الطلب منتظرا لشريكه فوجهان أحدهما تسقط لتركه طلبها مع إمكانه والثانى لا لأن له عذرا وهو الضرر الذى يلزمه بأخذ شريكه منه ، فان أخذ الجميع ثم حضر الثانى قاسمه ، فان حضر ثالث قاسمهما . وما حدث من نماء منفصل فى يد الأول فهو له لأنه حدث فى ملكه

(٢) **قوله** « فالشفعة بينه وبين الآخر » أى لكل واحد قدر نصيبه وبه قال أبو حنيفة والشافعى لأنهما تساويا فى الشركة فوجب تساويهما فى الشفعة كما لو كان المشترى أجنبيا

(٣) **قوله** « فان ترك الخ » أى لم يلزمه ذلك ولم يصح الإسقاط ، لان ملكه استقر على قدر حقه لجرى مجرى الشفيعين اذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ، وكذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك ، فان قال الأول خذ الكل أو دع فانى قد اسقطت شفعتى لم يكن له ذلك ، فان قيل هذا تبعيض للصفقة على المشترى قلنا هذا التبعيض اقتضاه دخوله فى العقد فصار كالرضا منه به

الأول ، وهل يشاركه فى شفعة الثانى ؟ على وجهين[1] . وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما[2] ، وان اشترى واحد حق اثنين أو

---

(١) قوله « وإذا كانت دار الخ » وجملة ذلك أن الشريك إذا باع بعض الشقص لأجنبى ثم باعه باقيه صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ البيع الأول والثانى وله أخذ أحدهما ، فان أخذ الأول لم يشاركه فى شفعته أحد وان أخذ الثانى فهل يشاركه المشترى فى شفعته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه : (أحدهما) يشاركه فيها وهو الصحيح من المذهب وهو مذهب أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى ، لانه شريك فى وقت البيع الثانى بملكه الذى اشتراه أولا ، و (الثانى) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه ، و (الثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه فى الثانى وان أخذ بهما جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعى لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ

[فائدة] اذا كانت أرض بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه فى بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل آخر فلشريكه الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان . وان وكل فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان ولا يفضى إلى تبعيض الصفقة على المشترى

على قوله « فى أحد الوجهين » * وهو الصحيح من المذهب

على قوله « لم يشاركه فى شفعة الاول » * بلا نزاع

على قوله « على وجهين » * الصحيح عدم المشاركة

(٢) قوله « وان اشترى اثنان الخ » وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه وقال فى الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله . ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما ودل على أنه يأخذهما وهو ظاهر

[فائدة] لو باع احد الشريكين نصيبه من ثلاثة صفقة واحدة فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض فان أخذ من البعض فليس لمن عداه الشركة فى الشفعة وان باع كلا منهم على حدة ثم علم الشفيع فله الأخذ من الكل ومن البعض فان =

اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة فللشفيع أخذ أحدهما على أصح الوجهين[1] ، وان باع شقصا وسيفا فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن[2] ويحتمل أن لا يجوز ، وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقى بحصته من الثمن[3] ، وقال ابن حامد إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن

= أخذ من الاول فلا شركة للآخرين ، وان أخذ من الثانى فلا شركة للثالث وللأول الشركة فى أصح الوجهين قاله الحارثى ، وان أخذ من الثالث ففى شركة الاولين الوجهان

(١) قوله « وان اشترى واحد الخ » إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعى ، وحكى عن القاضى أنه لا يملك ذلك وهو قول أبى حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشترى . ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وأما إذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك فى أحدهما غير الشريك فى الآخر فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذى فى شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج أن لا شفعة له فيه لأن فيه تبعيض الصفقة على المشترى وذلك ضرر به ، وليس له أخذهما معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف على ما نذكره ، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما ، وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص الشافعى

(٢) قوله « وان باع شقصاً وسيفاً الخ » اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه ما لا شفعة فيه كالسيف والثوب فى عقد واحد ثبتت الشفعة فى الشقص بحصته من الثمن دون ما معه وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : تثبت الشفعة فيهما لئلا تتبعض صفقة المشترى وفى ذلك إضرار به

على قوله « ويحتمل أن لا يجوز » • ولا يثبت للمشترى خيار التفريق فى الصور المتقدمة لتعدد العقد معنى

(٣) قوله « وان تلف الخ » إذا تلف الشقص أو بعضه فى يد المشترى فهو =

فصـــل

(الخامس) أن يكون للشفيع ملك سابق[١] ، فان اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لاحدهما على صاحبه ، وان ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما ، ولا شفعة بشركة الوقف فى أحد الوجهين[٢]

فصل

وان تصرف المشترى فى المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة

= من ضمانه لأنه ملكه تلف فى يده فان أراد الشفيع الأخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشترى كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل ان انهدم ثم ان كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وان كانت معدومة أخذ العرصة وما بقى من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية ابن القاسم وهو قول الثورى وأبى يوسف وقول للشافعى

على قوله « فله أخذ الباقى بحصته من الثمن » فلو اشترى داراً تساوى الفين بألف فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف أخذها الشفيع بخمسمائة ، والمراد بقوله اشترى داراً أى شقصاً من دار من اطلاق الكل على البعض

على قوله « ان كان تلفه بفعل الله تعالى » كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق وهو قول أبو حنيفة وقول للشافعى

(١) قوله « ملك سابق » أى ملك للرقبة لا المنفعة كنصف دار موصى بنفعها فباع الورثة نصفها فلا شفعة للموصى له واشترط سبقه لأن الشفعة تثبت لدفع الضرر من الشريك فاذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا شفعة

(٢) قوله « ولا شفعة بشركة الوقف الخ » وهو المذهب لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالمجاور وما لا ينقسم ولان مستحقه إما غير مالك والشفعة لا تثبت إلا فى ملك وإما مالك فملكه غير تام لكونه لا يستفيد به تصرفاً فى الرقبة

على قوله « فى أحد الوجهين » وهو ظاهر مذهب الشافعى

نص عليها[1]، وقال أبو بكر لا تسقط ، وان باع فللشفيع الأخذ بأى البيعين شاء[2] ، فان أخذ بالأول رجع الثانى على الأول ، وان فسخ البيع بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه[3] ، ويأخذه فى التحالف بما حلف عليه

---

(١) قوله « وان تصرف المشترى الخ » وكذا بصدقة وكذا لو أعتقه نص عليه وهذا المذهب فى الجميع وهو من مفردات المذهب لان الشفعة انما تثبت فى الملك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا . وقال أبو بكر : لا تسقط وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى لأن الشفيع اسبق وجنبته أقوى

على قوله « بوقف » « أى سواء كان على معين كولده أو ولد زيد أو على غير معين بأن وقفه على مسجد كذا أو الفقراء أو الغزاة

على قوله « أو هبة » « أو جعله عوضا فى عتق أو طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداء سقطت قاله فى شرح الاقناع

[فائدتان] لا يسقط رهنه الشفعة على الصحيح من المذهب ، وقيل الرهن كالوقف والهبة جزم به فى الكافى والوجيز وقال فى الفائق وخص القاضى بالنص بالوقف ولم يجعل غيره مسقطا اختاره شيخنا يعنى به الشيخ تقى الدين فعلى المذهب ينفسخ الرهن بأخذه

(الثانية) لو أوصى المشترى بالشقص فان أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية واستقر الأخذ للشفيع لسبق حقه على حق الموصى له ، وان طلب الشفيع الأخذ بالشفعة قبل قبول الوصية ولم يأخذ بعد الطلب حتى مات الموصى بطلت الوصية أيضا واستقر الأخذ للشفيع ويدفع الشفيع الثمن إلى الورثة لأنه ملكهم ، وان كان الموصى له قبل الوصية قبل أخذ الشفيع أو قبل طلبه بها لزمت الوصية وسقطت الشفعة لأن فى الشفعة اضراراً بالموصى له لان ملكه يزول عنه بغير عوض

(٢) قوله « وان باع الخ » هذا المذهب لأن سبب الشفعة الشراء وقد وجد من كل واحد منهما لانه شفيع فى العقدين واقتضى ذلك صحة تصرف المشترى لأنه ملكه وصح قبضه

(٣) قوله « وان فسخ البيع الخ » اذا تقايلا الشقص ثم علم المشترى ان قلنا الاقالة بيع فله الأخذ من أيهما شاء فان أخذ من المشترى نقض الأقالة ليعود =

البائع ، وان أجره أخذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه ، وإن استغله فالغلة له[1] وان أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشترى مبقاة الى الحصاد والجذاذ[2]، وان قاسم المشترى وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة فى الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص[3] ، فان اختار أخذه فأراد

= الشقص اليه فيأخذ منه ، وان قلنا فسخ فله الشفعة على الصحيح من المذهب . وعنه ان استقاله قبل المطالبة بها لم يكن له شفعة وكذا ان تراداّ بعيب واذا فسخ البائع البيع لعيب فى ثمن الشقص المعين كما لو اشترى شقصاً بعبد معين ثم علم البائع عيبه وفسخ البيع فان كان الفسخ قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة وان كان الفسخ بعد الأخذ بالشفعة استقرت للشفيع وللبائع إلزام المشترى بقيمة شقصه ويتراجع المشترى والشفيع بما بين قيمة الشقص والثمن الذى وقع عليه العقد وهو قيمة العبد فيرجع دافع الاكثر منهما على الآخر بالفضل فاذا كانت قيمة الشقص مائة وقيمة العبد الذى هو الثمن مائة وعشرين وكان المشترى أخذ المائة والعشرين من الشفيع رجع الشفيع عليه بالعشرين لان الشقص انما استقر عليه بالمائة

(١) قوله « وان استغله الخ » هذا بلا نزاع لأنها نماء ملكه اذ الخراج بالضمان بدليل أنه لو تلف كان من ضمانه

(٢) قوله « وان أخذه الشفيع الخ » يعنى بلا أجرة وهذا المذهب لان ضرره لا يبقى وكذلك الطلع إذا أبر ، وقيل تجب فى الزرع الأجرة من حين أخذ الشفيع واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، قال ابن رجب فى القواعد وهو أظهر ، قال فى الإنصاف : وهو الصواب

(٣) قوله « وان قاسم الخ » وجملة ذلك أن يتصور بناء المشترى وغرسه فى الشقص المشفوع على وجه مباح فى مسائل منها أن يظهر المشترى أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشترى ويغرس . ومنها أن يكون غائباً فيقاسمه أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب ويبلغ الصبي بعد غرس المشترى وبنائه فالشفيع مخير بين ما ذكره المصنف وهو المذهب وبه قال الشعبي والأوزاعي وابن أبى ليلى =

المشترى قلعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر ، وان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته فى أحد الوجهين وللمشترى الشفعة فيما باعه الشفيع فى أصح الوجهين ، وان مات الشفيع بطلت الشفعة إلا أن يكون بعد طلبها فتكون لوارثه

فصل

ويأخذ الشفيع بالثمن الذى وقع العقد عليه ، وان عجز عنه أو عن بعضه سقطت شفعته [1] ، وما يحط من الثمن أو يزاد فيه فى مدة الخيار

= ومالك والليث والشافعى ، وقال حماد بن أبى سليمان والثورى وأصحاب الرأى يكلف المشترى القلع ولا شىء له لأنه بنى فيما استحق عليه أخذه بالشفعة

على **قوله** « فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الغرس والبناء » ، وكيفية التقويم ما ذكره فى المغنى والشرح فقال : الظاهر ان الأرض تقوم مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية منهما فما بينهما فهو قيمة الغراس أو البناء يدفع الى المشترى ان احب الشفيع أو ما نقص منه ان اختار القلع لا قيمته مستحقا للبقاء

على **قوله** « فان أراد المشترى قلعه فله ذلك » ، فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض

على **قوله** « اذا لم يكن فيه ضرر » ، والصحيح من المذهب ان له القلع مطلقا

على **قوله** « فى أحد الوجهين » ، وهو المذهب لأنها تثبت له ولم يوجد منه رضا بتركها ، وقال الشافعى تسقط

على **قوله** « فى أصح الوجهين » ، وهو المذهب

على **قوله** « بطلب الشفعة » ، وهذا المذهب وبه قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وقال مالك والشافعى : تورث لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه نوع خيار للتمليك أشبه خيار القبول ولانا لا نعلم بقاءه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها ، ولا ينتقل الى الورثة ما شك فى ثبوته ، فأما خيار الرد بالعيب فلأنه لاستدراك جزء فائت من المبيع

(١) **قوله** « وان عجز عنه الخ » فلو أتى برهن أو ضامن لم يلزم المشترى ، =

يلحق به[1] ، وما كان بعد ذلك لا يلحق به[2] ، وان كان مؤجلا أخذه الشفيع بالأجل ان كان مليا وإلا أقام كفيلا مليا وأخذ به[3] ، وإن كان الثمن

= وان بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة فلم يجبر عليها ولكن ينظر ثلاثا على الصحيح من المذهب وبه قال شبرمة وأصحاب الشافعى لأنها آخر حد القلة ونص عليه وعنه يومين جزم به فى المغنى والشرح وهو قول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضى القاضى بها حتى يحضر الثمن

[فوائد] المذهب ان الأخذ بالشفعة نوع بيع لأنه دفع مال لغرض التملك ولهذا اعتبر له العلم بالشقص وبالثمن فلا يصح مع جهالتهما ذكره المصنف وغيره قال وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة ثم يتعرف مقدار الثمن

(الثانية) قال المصنف وغيره اذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشترى تسليم الشقص حتى يقبض الثمن

(الثالثة) لو تسلم الشقص والثمن فى الذمة فأفلس فقال المصنف وغيره المشترى مخير بين الفسخ والضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشترى

(١) **قوله** « وما يحط من الثمن الخ » هذا المذهب لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه وزمن الخيار بمنزلة حال العقد

(٢) **قوله** « وما كان الخ » أى اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة ، والنقص ابراء مبتدا ولا يثبت ذلك فى حق الشفيع وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص فى حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ملحقين بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكاها بخلاف النقص ، وقال مالك ان بقى مايكون ثمنا أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الأول

(٣) **قوله** « وان كان مؤجلا الخ » هذا المذهب نص عليه وبه قال مالك وإسحاق لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته والتأجيل من صفته فلو أخذ الشفيع بالأجل ثم مات هو أو المشترى وقلنا يحل الدين بالموت حل الثمن عليه ولم يحل على الحى منهما ذكره المصنف وغيره

عرضا أعطاه مثله ان كان ذا مثل[1] وإلا قيمته ، وان اختلفا فى قدر الثمن فالقول قول المشترى إلا أن يكون للشفيع بينة ، وان قال المشترى اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف ، وإن قال المشترى غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه ؟ على وجهين[2] . وان ادعى أنك اشتريته

---

(١) قوله « ان كان ذا مثل » أى كالحبوب والأدهان ونحوهما لأنهما كالأثمان وهو قول أصحاب الرأى وأصحاب الشافعى وان كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فتعتبر قيمته فى قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأى وأصحاب الشافعى

[فائدة] اذا كان الثمن مما تجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص فى القيمة ، وان كان فيه خيار اعتبر القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعى

[فائدة] ذكر الأصحاب أنه لو باعه بصبرة نقد أو جوهرة دفع مثله أو قيمته فان تعذر فقيمة الشقص لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها ، فان اختلفا فى القيمة رجع إلى أهل الخبرة ان كان موجودا وان كان معدوما قبل قول المشترى فيها

على قوله « فالقول قول المشترى » مع يمينه لأنه العاقد فهو أعلم وبه قال الشافعى ، فان أقام كل منهما بينة قدمت بينة الشفيع وبه قال أبو حنيفة ولا يقبل بائع لهما

على قوله « فللشفيع أخذه بألف » بلا نزاع

(٢) قوله « وان قال المشترى غلطت الخ » أحدهما يقبل قال القاضى قياس المذهب عندى يقبل قوله كما لو أخبر فى المرابحة ثم قال غلطت بل ههنا أولى لأنه قد قامت بينة بكذبه قال الحارثى هذا الأقوى وقد تقدم ان أكثر الأصحاب قبلوا قوله إذا ادعى غلطا فى المرابحة وصححه هنا فى التصحيح والنظم وقدمه فى الرعايتين والحاوى الصغير . والوجه الثانى لا يقبل قدمه ابن رزين فى شرحه وجزم به فى الكافى واختاره ابن عقيل وهو المذهب لأنه رجوع عن اقراره بحق الآدمى فلم يقبل كما لو أقر له بدين

بألف قال بل اتهبته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه ، فان نكل عنها أو قامت للشفيع بينة فله أخذه ويقال للمشترى : إما أن تقبل الثمن وإما أن تبرئ منه ، وان كان عوضا فى الخلع أو النكاح أو عن دم عمد يأخذه بقيمته[1] ، وقال غيره يأخذه بالدية ومهر المثل

فصل

ولا شفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه[2] ، ويحتمل أن يجب ،

[فائدة] اذا اختلفا فى الغراس والبناء اللذين فى الشقص المشفوع فقال المشترى أنا أحدثته وأنكر الشفيع فقول المشترى بيمينه إلا أن يقيم الشفيع بينة فان أقاما بينتين قدمت بينة الشفيع ولا تقبل شهادة بائع لواحد منهما لأنه متهم

على قوله « على وجهين » * وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله

على قوله « فالقول قوله » * أى مدعى الهبة والإرث

(١) قوله « وإن كان عوضا الخ » وهو قياس قول ابن حامد وهو الصحيح اختاره ابن عبدوس فى تذكرته وصاحب الفائق وصححه فى النظم وقدمه فى الرعاية الصغرى والحاوى الصغير وقطع به فى الهداية وبه قال مالك وابن شبرمة وابن أبى ليلى لأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته وقال غير القاضى يأخذه بالدية ومهر المثل وهو قول العكلى والشافعى لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن نقدا ولا مثليا

(تنبيه) هذا الخلاف مفرع على القول بثبوت الشفعة فى ذلك وهو قول ابن حامد وجماعة ، وأما على الصحيح من المذهب فلا يأتى الخلاف

على قوله « وان كان عوضا فى الخلع أو النكاح أو عن دم عمد » * وقلنا بوجوب الشفعة

(٢) قوله « ولا شفعة فى بيع الخيار الخ » أى سواء كان خيار شرط أو مجلس وهذا المذهب وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لما فى الأخذ من ابطال خياره والزام المشترى بالعقد قبل رضاه بالتزامه وايجاب العهدة عليه وتفويت حقه من الرجوع فى عين الثمن ان كان الخيار له وتفويت حق البائع من الرجوع فى عين =

وان أقر البائع بالبيع وأنكر المشترى فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين[١] . وعهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع[٢] ، فان أبى المشترى قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ، وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه

= المبيع ان كان الخيار له وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للمشترى وحده ثبتت الشفعة لان الملك قد انتقل اليه ولا حق لغيره فيه

على قوله « ويحتمل أن يجب » وحكاه أبو الخطاب تخريجا لان الملك انتقل

(١) قوله « وان اقر البائع الخ » أحدهما تجب وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة والمزنى لان البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشترى فاذا سقط حق المشترى بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما . والوجه الثانى لا تجب ونصره الشريف أبو جعفر قال الحارثى : وهذا أقوى وهو قول مالك وابن سريج لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه فعلى المذهب تجب الشفعة بما قال البائع ويأخذ الشفيع الشقص منه ـ أى البائع ـ ويدفع الشفيع اليه الثمن ان لم يكن مقرا بقبضه من المشترى ، وان كان مقرا بقبضه من المشترى بقى فى ذمة الشفيع الى أن يدعيه المشترى ، وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشترى ليثبت البيع فى حقه لعدم الحاجة اليه

(٢) قوله « وعهدة الخ » هذا بلا نزاع لكن يستثنى من ذلك إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشترى وقلنا بثبوت الشفعة على ما تقدم فان العهدة على البائع لحصول الملك له من جهته ، والعهدة فعلة من العهد وهى فى الأصل كتاب الشراء وتقدم الكلام عليها فى باب الضمان ، والمراد بها هنا رجوع من انتقل الملك اليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه فتكون وثيقة للبيع لازمة للمتلقى عنه فتكون عهدة بهذا الاعتبار فلو علم المشترى العيب عند البيع ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ فلا شىء للمشترى وللشفيع الرد وأخذ الأرش على الصحيح من المذهب ، وان علمه الشفيع ولم يعلمه المشترى فلا رد لواحد منهما ولا أرش . وفى الشرح وجه بأن المشترى يأخذ الأرش وهو ما قال القاضى وابن عقيل والسامرى ، فعليه ان أخذه سقط عن الشفيع ما قابله من الثمن تحقيقا لمماثلة الثمن الذى استقر عليه العقد وان علماه فلا رد لواحد منهما ولا أرش وفى صورة عدم علمهما ان لم يرد الشفيع فلا رد للمشترى، وان أخذ الشفيع أرشه من المشترى أخذه المشترى من البائع

الشفيع من يد البائع ، وإذا ورث اثنان شقصا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه ، ولا شفعة لـكافر على مسلم ، وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المـال أو لرب المـال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة ؟ على وجهين

باب الوديعة

وهى أمانة لا ضمان عليه فيها[1] إلا بعد أن يتعدى[2] ، وان تلفت من بين ماله

على قوله « أجبره الحاكم عليه » ٭ وهذا المذهب لأن القبض واجب ليحصل حق المشترى فى تسليمه

على قوله « ان يأخذه الشفيع من يد البائع » ٭ واختـاره المصنف وقال هو قياس المذهب قال الحارثى وهو الأصح لان الأصح لزوم العقد فى بيع العقار قبل قبضه وجواز التصرف فيه بنفس العقد

على قوله « ولا شفعة لـكافر على مسلم » ٭ وتثبت للـكافر على كافر سواء كان البائع مسلماً أو كافرا وهذا المذهب

على قوله « على وجهين » ٭ ذكر المصنف هنا مسألتين إحداهما هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال أم لا مثاله أن يكون للمضارب شقص فيما تجب فيه الشفعة ثم يشترى من مال المضاربة شقصاً من شركة المضارب فهـل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة ؟ فيه وجهان أحدهما لا تجب لمضارب على رب المال ان ظهر ربح لأنه يصير له جزء من مال المضاربة فلا تثبت له على نفسه ، وان لم يظهر ربح وجبت الشفعة لأنه أجنبي وهذا المذهب . المسألة الثانية هل تجب الشفعة لرب المـال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة ، مثاله أن يشترى المضارب بمـال المضاربة شقصاً فى شركة رب المال ، والصحيح من المذهب أنها لا تجب الشفعة لأن الملك لرب المال فلا يستحق الشفعة على نفسه

(١) قوله « وهى أمانة الخ » لما روى عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده أن النبي ﷺ قال « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » رواه ابن ماجه

(٢) قوله « الا أن يتعدى » أى فيضمنها بغير خلاف علمناه

لم يضمن فى أصح الروايتين[١]، ويلزمه حفظها فى حرز مثلها[٢] فان عين صاحبها حرزا فجعلها فى دونه ضمن[٣]، وان أحرزها بمثله أو فوقه لم يضمن[٤] وقيل يضمن إلا أن يفعله لحاجة، وإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغشيان شيء

---

(١) قوله « وان تلفت من بين ماله الخ » أى إذا لم يتعد وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم روى ذلك عن أبى بكر وعلى وابن مسعود وبه قال شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا ولأن المستودع مؤتمن فلم يضمن ما تلف من غير تعديه وسواء ذهب معها شيء من ماله أو لا . والثانية يضمن إذا تلفت من بين ماله لما روى سعيد حدثنا هشيم قال أخبرنا حميد الطويل عن أنس رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه ضمنه وديعة ذهبت من بين ماله والأولى أصح قال القاضى لأن الضمان ينافى الامانة وحديث عمر رضى الله عنه محمول على التفريط من أنس

[تنبيه] إذا شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله لم يضمن، وكذلك كل ما كان أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن وبه قال الثورى وابن المنذر

(٢) قوله « ويلزمه الخ » أى عرفاً كالسرقة على ما يأتى وكما يحفظ ماله هنا إذا لم يعين صاحبها حرزاً

(٣) قوله « وان عين الخ » هذا المذهب مطلقا يعنى إذا عين صاحبها حرزاً فجعلها فى دونه ضمن سواء ردها اليه أو لا لأنه خالفه فى حفظ ماله، ومقتضاه أنه حفظها فيما عينه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف فانه ممتثل غير مفرط

(٤) قوله « فان أحرزها الخ » هذا الصحيح من المذهب، وكذلك ان نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير حاجة وهذا مذهب الشافعى لأن تقييده بهذا الحرز يقتضى ماهو مثله كمن اكترى أرضا لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلها فى الضرر

على قوله « وقيل يضمن » * وهو ظاهر الخرقى وحكاه فى التبصرة رواية لأنه خالف أمره

على قوله « إلا أن يفعله لحاجة » * كما لو خاف عليها من سيل أو حريق لأنه لا يعد مفرطا

الغالب منه التوى لم يضمن [١] ، وان تركها فتلفت ضمن [٢] وإن أخرجها لغير خوف ضمن [٣] ، فان قال لاتخرجها ولو خفت عليها فاخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن [٤] ، ولو أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت ضمن [٥]

---

(١) قوله « وان نهاه عن إخراجها الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب ولا أعلم فيه خلافاً لأن حفظها ونقلها وتركها تضييع لها لكن إذا أخرجها فلا يحرزها الا في حرز مثلها أو فوقه فان تعذر والحالة هذه ونقل الي أدنى فلا ضمان ذكره المصنف في المغنى واقتصر عليه الحارثى لانه إذاً أحفظ وليس في الوسع سواه . قلت فيعايا بها

على قوله « التوى » أي الهلاك

(٢) قوله « وان تركها الخ » هذا المذهب سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره لانه يلزمه إخراجها والحالة هذه ، وقيل لا يضمن لأنه امتثل أمر صاحبها

(٣) قوله « وإن أخرجها الخ » أي سواء أخرجها إلى مثل الحرز أو دونه أو فوقه وهذا ظاهر كلام الشافعى لانه خالف نص صاحبها لغير فائدة ، وقيل لايضمن كما لو لم يعين له حرزاً ، وقال أبو حنيفة ان نهاه عن نقلها من بيت فنقلها الى بيت آخر من الدار لم يضمن لأنه البيتين من دار واحـــدة وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبه ما لو نقلها من زاوية الى زاوية

(٤) قوله « وان قال الخ » هذا المذهب لأنه إذا أخرجها فقد زاده خيراً بحفظها وان تركها فلا شيء عليه لأن صاحبها صرح له بتركها مع الخوف فكأنه رضى باتلافها وظاهره أنه إذا أخرجها من غير خوف أنه يضمن وهو صحيح

[فائدة] إذا أخرج الوديعة المنهى عن إخراجها فتلفت فادعى أنه أخرجها لغشيان شيء الغالب منه الهلاك وأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة ان كان مما لا يتعذر اقامة البينة عليه لظهوره ويقبل قوله فى التلف مع يمينه

(٥) قوله « ولو أودعه الخ » هـذا المذهب لأن العلف من كمال الحفظ بل هو الحفظ بعينه لأن العرف يقتضي علفها وسقيها فكأنه مأمور به عرفاً ولو أمره يعلفها لزمه ذلك مطلقاً على الصحيح من المذهب وقيل مع قبوله

إلا أن ينهاه المالك عن علفها (١)، فان قال اترك الوديعة فى جيبك فتركها فى كمه ضمن، وان قال اتركها فى كمك فتركها فى جيبه لم يضمن، فان تركها فى يده احتمل وجهين، وان دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته وعبده لم

---

(١) قوله «إلا أن ينهاه الخ» اى لأنه اذن فى إتلافها، لكن إذا نهاه فتركه أثم لحرمة الحيوان

[فوائد] إذا كان إنفاقه عليها بإذن ربها فلا كلام، وان تعذر اذنه فأنفق بإذن حاكم رجع به وان كان بغير اذنه فان كان مع تعذره وأشهد على الانفاق فله الرجوع وان كان مع امكان اذن الحاكم ولم يستأذنه لم يرجع على الصحيح من المذهب وقيل يرجع وصححه الحارثى وغيره وجزم به فى المنتخب قال فى الإنصاف وهو الصواب

(الثانية) لو خيف على الثوب العث وجب عليه نشره فان لم يفعل وتلف ضمن

(الثالثة) لو جاءه إلى السوق وامره بحفظها فى بيته فتركها عنده إلى مضيه إلى منزله ضمن على المذهب وقيل لا يضمن والحالة هذه وهو احتمال فى المغنى ومال اليه قال الحارثى وهذا الصحيح قال فى الفروع وهو أظهر قال فى الانصاف وهو الصواب

(الرابعة) لو دفعها اليه وأطلق ولم يعين موضعا فتركها فى يده او جيبه او شدها فى كمه او تركها فى وسطه وشد عليها سراويله لم يضمن وهذا المذهب

(الخامسة) إذا قال اتركها فى بيتك فشدها فى ثيابه وأخرجها معه ضمن لأن البيت أحرز

على قوله «لم يضمن» هذا المذهب

على قوله «احتمل وجهين» احدهما لا يضمن قال الحارثى وهو الأظهر عند القاضى وابن عقيل وجزم به فى الوجيز، والثانى يضمن وهو الصحيح لأن اليد يسقط منها الشىء بالنسيان

على قوله «لم يضمن» هذا المذهب نص عليه وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعى يضمن لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها، ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما اذا حفظها بنفسه

يضمن ، وان دفعهـــا إلى أجنبي أو حاكم ضمن (١) وليس للمالك مطالبة

---

(١) قوله «وان دفعها إلى أجنبي الخ» إذا أودع المودع(بفتح الدال)الوديعة لأجنبي أو حاكم فلا يخلو إما أن يكون لعذر أو غيره ، فان كان لعذر جاز على الصحيح من المذهب ، فان كان لغير عذر لم يجز ويضمن على الصحيح من المذهب ، وقال ابن أبي ليلى : لاضمان عليه لان عليه حفظها وإحرازها وقد حفظها عنـــد غيره وأحرزها ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فاذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ ماله . ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها فانه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره فعلى المذهب ان كان الثانى عالماً بالحال استقر الضمان عليه وللمالك مطالبته بلا نزاع وان كان جاهلا لم يلزمه وقدم المصنف هنا أنه ليس له مطالبته أى تضمينه وهو اختيار القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول وقدمه فى الهداية والمستوعب والخلاصة والمغنى والشرح والفائق واختاره الشيخ تقى الدين وهو مذهب أبى حنيفة لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً على الآخر

[تنبيهـــان] ظاهر قوله فان لم يجده حمله معه ان كان احفظ أن له السفر بها بشرطه ولا يضمن وهو صحيح وهو المذهب وقال القاضى فى رؤس المسائل يضمن وقال الشافعى ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمن واختاره المصنف

(الثانى) ظاهر كلام المصنف أنه إذا استوى عنده الأمران فى الخوف مع الإقامة والسفر أنه لا يحملها معه وهو أحد الوجهين وظاهر النص قال فى الإنصاف وهو الصواب

على قوله « ضمن » ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة

على قوله « ردها إلى مالكها » ، وكذا إلى وكيله فى قبضها ان كان

على قوله « حملها معه » ، ظاهر كلامه هنا أنه إذا كان أو وكيله أنه يحملها إلا بإذن فان فعل ضمن وهو أحد الوجهين قال فى الإنصاف وهو الصواب . والوجه الثانى له السفر بها ان كان احفظ ولم ينهه وهو المذهب نص عليه

على قوله « وان كان أحفظ لها » ، مراده إذا لم ينهه عن حملها معه

على قوله « ولم يعلم بها أحدا » ، ضمن لأنه فرط فى الحفظ فانه قد يموت فى سفره فلا تصل إلى صاحبها

الاجنبي ، وقال القاضي له ذلك . وان أراد سفرا أو خاف عليها عنده ردها إلى مالكها ، فان لم يجده حملها معه ان كان أحفظ لها والا دفعها الى الحاكم ، فان تعذر ذلك أودعها ثقة أو دفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار ، فان دفنها ولم يعلم بها أحدا أو أعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها ، وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردها[1] أو جحدها ثم أقر بها أو كسر ختم كيسها [2] أوخلطها بما لاتتميز منه ضمنها[3] ،

على قوله « من لايسكن الدار » * أي من لا يد له على المكان

على قوله « ضمنها » * لأنه لم يودعها اياه

(١) قوله « وإن تعدى – إلى قوله – ثم ردها » أي ضمنها على الصحيح من المذهب وهو قول الشافعي . وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فاشبه ماقبل التعدى . ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الأستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وهذا يبطل ماذكروه

على قوله « وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردها » * ضمن لتصرفه في مال غيره بغير أذنه

(٢) قوله « فان كسر ختم الخ » أي أو كانت مشدودة فحل الشد ضمن سواء أخرج منها شيئاً أولم يخرج وهذا المذهب لانه هتك الحرز بفعل تعدى به . وعنه لايضمن إذا كسر ختم كيسها أو حله وبه قال أبو حنيفة لأنه لم يتعد في غيره

على قوله « أو كسر ختم كيسها » * أو كانت مشدودة فأزال الشد أو مقفولة فأزاله وسواء أخرجه او لا

(٣)قوله« او خلطها الخ » إذا خلط الوديعة بما لا يتميز من ماله او مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها او دونها او اجود من جنسها او غيره وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأى . وقال ابن القاسم إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن وحكى عن مالك لايضمن إلا ان يكون دونها لأنه لايمكنه ردها إلا ناقصة ، وقال الحارثى عن احمد رحمه الله تعالى لا يضمن بخلط النقود فعلى هذه الرواية لو تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل التلف كله من ماله وجعل الباقي من الوديعة نص عليه

وان خلطها بمتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن ، وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده ، وعنه يضمن الجميع ، وان رد بدله متميزا فكذلك ، وان كان غير متميز ضمن الجميع ، ويحتمل أن لا يضمن غيره ، وان أودعه صبي وديعة ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم الى وليه [1] ، وإن أودع الصبيّ وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن ، ولن أتلفها لم يضمن [2] ، وقال

[فائدة] لو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع فى ظاهر كلامه ذكره المجد فى شرحه ، وذكر القاضى فى الخلاف أنهما شريكان قال المجد ولا يبعد

على قوله « بمالا تتميز منه » * كزيت بزيت ودراهم بدراهم

على قوله « بمتميز » * كدراهم بدنانير لم يضمن فى الأصح وهما فى الشرح بغير خلاف لعله وعنه يضمن

على قوله « ضمنه وحده » * هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعى ، وقال مالك : لاضمان عليه إذا رده أو مثله . وقال أصحاب الرأى : إن لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن فان أنفقه ، ثم رده أو مثله ضمن

على قوله « ضمن الجميع » * وهو المذهب لخلطه الوديعة بما لا يتميز

على قوله « ويحتمل أن لا يضمن غيره » * وهو مقتضى كلام الخرقى وقطع به القاضى فى التعليق وحكى عنه فى رواية الأثرم أنه أنكر القول بتضمين الجميع وانه قال هو قول سوء ، وقطع به ابن أبي موسى والقاضى أبو الحسين وأبو الحسن بن بكروس وغيرهم واختاره أبو بكر وقدمه الحارثى فى شرحه وقال هو المذهب واليه مال فى المغنى وشرطها كما جزم به فى المغنى والشرح إذا كانت غير مشدودة ولا مختومة فان كانت كذلك ضمن الجميع لهتك الحرز وهذا المذهب

(١) قوله « وإن أودعه صبى الخ » وجملته أنه لا يصح الايداع إلا من جائز التصرف فان أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها لانه أخذ ماله بغير إذن شرعى ولا يزول الضمان بردها اليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر فى ماله فإن كان الصبى مميزاً ولم يكن مأذوناً له فكذلك وإن كان مأذوناً له صح إيداعه فيما أذن له فيه

(٢) قوله « وإن أودع الصبي الخ » وكذلك المعتوه وهذا الصحيح من =

القاضي يضمن ، وان أودع عبدا وديعة فأتلفها ضمنها فى رقبته

فصــــل

والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من رد وتلف[1] وإذن فى دفعها إلى

= المذهب لأن مالكها قد فرط فى تسليمها اليه وكذا ان أتلفها أو أكلها قال فى الشرح فإن أتلفها أو اكلها ضمنها فى قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى . ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على اتلافها بدفعها اليه ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته . ولنا أن مايضمن بإتلافه قبل الايداع يضمن بعده كالبالغ ولا يصح قوله انه سلطه على اتلافها وإنما استحفظه إياها وفارق دفع السكين فإنه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه انتهى . قال فى الإنصاف وقيل اتلافه موجب للضمان كالرشيد قطع به القاضى فى المجرد وصاحب التخليص قال الحارثى وهو أقرب قلت وهو الصواب

[فائدة] إذا مات الرجل وثبت ان عنده وديعة لم توجد بعينها فهى دين عليه تغرم من تركته فإنكان عليه دين سواها فهماسواء. إن وفت تركته بهما والا اقتسماه بالحصص وبه قال الشعبي والنخعى وداود بن أبي هند ومالك والشافعى وابو حنيفة واصحابه واسحق

على قوله « ضمنها فى رقبته » « وهذا المذهب

(١) قوله « والمودع امين الخ » « إذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف وقال اكثرهم مع يمينه وهو المذهب .وان ادعى ردها إلى صاحبها فالقول قوله مع يمينه بغير بينة وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى واسحاق ، وعنه يقبل قوله ان كان دفعها اليه بغير بينة وإلا وجبت وبه قال مالك . ولنا أنه أمين لا منفعة له فى قبضها

[تنبيه] محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف فان تعرض لذكر سببه فان أبدى سبباً خفياً من سرقة أو ضياع ونحوه قبل أيضاً ذكره الأصحاب ، وان أبدى سبباً ظاهرا من حريق منزل أو غرقه أو هجوم غارة ونحو ذلك فالصحيح من المذهب أنه لا يقبل قوله إلا ببينة بوجود ذلك السبب فى تلك الناحية

انسان وما يدعى عليه من خيانة وتفريط(١)، وان قال لم تودعنى ثم أقر بها أو ثبتت ببينة فادعى الرد أو التلف لم يقبل(٢) وان أقام به بينة ، ويحتمل أن تقبل بينته . وان قال مالك عندى شيء قبل قوله فى الرد والتلف (٣) . وان مات

[فائدة] لو منع المودع بفتح الدال صاحب الوديعة منها أو مطله بلا عـذر ثم ادعى تلفاً لم يقبل إلا ببينة لخروجه بذلك عن الأمانة

(١) قوله « واذن الخ » يعنى إذا قال المودع بفتح الدال أذنت لى فى دفعها إلى فلان فدفعتها فانـكر الإذن فالقول قول المودع بفتح الدال على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب ، وقيل لا يقبل قاله الحارثى وهو قوى أى لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه ، ولنا أنه ادعى دفعاً ببداية من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالـكها . ولو اعترف بالاذن وانـكر الدفع قبل قول المستودع فى المنصوص ، ثم ينظر فى المدفوع اليه ان أقر بالقبض وكان الدفع فى دين برئ الكل فإن أنـكر قبل قوله مع يمينه . وذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لـكونه قضى الدين بغير بينة

(٢) قوله « وان قال لم تودعنى الخ » مراده إذا ادعى الرد أو التلف قبـل جحوده بأن يدعى عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها ثم يقر أو تقوم بينة بها فيقيم بينة بأنها تلفت أو ردها يوم الخميس أو قبله فالمذهب فى هذا كما قال المصنف من أنه لا يقبل قوله ولا بينته نص عليه وبه قال مالك والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى لأنه مكذب لانكاره الأول ومعترف على نفسه بالـكذب المنافى للأمانة ، ويحتمل أن تقبل بينته قال الحارثى وهو المنصوص من رواية ابى طالب وهو الحق وقال هذا المذهب عندى ولأن صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه الضمان ولعدم التهمة والـكذب الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق ، وأما ان ادعى الرد أو التلف بعد جحوده بأن يدعى عليه يوم الجمعة فينكر ثم يقر أو تقوم بينة بها ثم يقيم بينة بتلفها أو ردها يوم السبت أو بعده فهذا تقبل منه البينة بالرد قولا واحداً ويقبل فى التلف على الصحيح من المذهب ، وقيل لا تقبل وهو ظاهر كلام المصنف هنا وأبى الخطاب وجماعة لأنهم أطلقوا قال فى الأنصاف وهو الصواب

(٣) قوله « وإن قال مالك الخ » مثاله أن تقوم بينة بالايداع أو يقر به المودع بعد قوله مالك عندى شيء أو لا حق لك على ثم قال ضاعت من حرزى =

المودع وادعى وارثه الرد لم يقبل إلا ببينة [1]، وان تلفت عنده قبل إمكان

= كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لأن قوله لاينافى ماشهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لا شيء لمالكها عنده وهذا المذهب لكن ان وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان لاستقرار حكمه بالجحود

(١) قوله « وان مات الخ » أى بلا نزاع لأن صاحبها لم يأتمنه عليها فلم يقبل قوله عليه بخلاف المودع فإنه ائتمنه . ولو ادعى الوارث أن مورثه ردها لم يقبل أيضاً إلا ببينة ، وكذا لو ادعى التلف فى يد مورثه

[فوائد] إذا حصل فى يده أمانة بدون رضا صاحبها وجبت المبادرة إلى ردها مع العلم بصاحبها والتمكن منه ودخل فى ذلك اللقطة وكذا الوديعة والمضاربة والرهن ونحوها إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه وكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره ، وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان وسواء كان الفسخ فى حضرة الأمين أو غيبته

(الثانيــة) تثبت الوديعة بإقرار الميت أو ورثته أو ببينة ، وان وجد خط مورثه : عندى لفلان وديعة ـ أو على كيس : هذا لفلان ـ عمل به وجوباً على الصحيح من المذهب ، وقيل يعمل به وتكون تركة اختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل والمصنف وقدمه الشارح ونصره قال : لجواز أن يكون الوعاء فيه وديعة قبل هذه . وان وجد خطه بدين له على فلان حلف الوارث ودفع اليه قطع به فى المغنى والشرح والفروع واعلام الموقعين . وان وجد خطه بدين عليه لمعين عمل به ودفع إلى من هو مكتوب باسمه

(الثالثة) لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها ثم تبين خطأه ضمنها لتفريطه

(الرابعة) لو أكره على دفع الوديعة لغير ربها لم يضمن قاله الأصحاب

(الخامسة) لو أمره برد الوديعة إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن والصحيح من المذهب ولو لم يطلبها وكيله

(السادسة) لو أخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر ضمن كما تقدم نظيره فى الوديعة وهذا الصحيح من المذهب

ردها لم يضمنها ، وبعده يضمنها فى أحد الوجهين ، وإذا ادعى الوديعة اثنان فأقر بها لأحدهما فهى له مع يمينه ، ويحلف المودع أيضا ، وان أقر بها لهما فهى لهما ويحلف لكل واحد منهما ، فان قال لا أعرف صاحبها حلف أنه لا يعلم ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها . وان أودعه اثنان مكيلا أو موزونا فطلب أحدهما نصيبه سلمه اليه ، وان غصبت العين فهل للمودع المطالبة بها ؟ على وجهين

على قوله « لم يضمنها » * بلا نزاع لأنه لا تفريط منه

على قوله « فى أحد الوجهين » * وهو المذهب لتأخر ردها مع إمكانه

على قوله « وإذا ادعى الوديعة اثنان » * أى ادعى كل منهما أنه الذى أودعها ولا بينة

على قوله « فهى له مع يمينه » * بلا نزاع

على قوله « على وجهين » * أحدهما له المطالبة وهو المذهب لأنه مأمور بحفظها ، وحكم المضارب والمرتهن والمستأجر إذا غصب منهم ما بأيديهم كذلك

على قوله « أو كافراً » * أى ذمياً على الصحيح من المذهب . وأما أهل الحرب فظاهر كلام المصنف أنهم كأهل الذمة والصحيح من المذهب أنه لا يملكه بالإحياء وهو ظاهر كلامه فى المغنى والشرح

على قوله « وغير إذنه » * على الصحيح من المذهب

على قوله « وتعلق بمصالحه » * كطرقه وفنائه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته ومرعاه ومحتطبه وحريم البئر والنهر ومرتكض الخيل ومدفن الأموات ومناخ الإبل ونحوه

على قوله « لم تملك بالإحياء » * وهذا المذهب

على قوله « فعلى روايتين » * أنصهما وأشهرهما وهى المذهب تملك بالإحياء

على قوله « ولا تملك المعادن الظاهرة ـ إلى قوله ـ بالإحياء » * لما روى عمرو ابن عوف المزنى عن أبيض بن حمال أنه وفد إلى النبى ﷺ فاستقطعه الملح فقطع له ، فلما ولى قال رجل : أتدرى ما اقتطعت له ؟ انما اقتطعت له الماء العد . وسأله عما يحمى من الأراك ؟ قال : ما لم تنله أخفاف الإبل . رواه الترمذى

باب احياء الموات

وهى الارض الداثرة التى لا يعلم أنها ملكت ، فان كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك فعلى روايتين . ومن أحيا أرضا ميتة فهى له مسلما كان أو كافراً بإذن الامام وغير إذنه فى دار الاسلام وغيرها ، إلا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التى صولحوا عليها ، وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لم تملك بالإحياء ، وان لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين ، ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقار والنفط والكحل والجص بالإحياء ، وليس للامام اقطاعه ، فان كان بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء صار ملحا ملكه بالإحياء وللامام إقطاعه ، وإذا ملك المحيي ملكه بما فيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة[1]، وان ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلأ أو شجر فهو أحق به ، وهل يملكه ؟ على روايتين[2] . وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم غيره[3] ، وهل يلزمه بذله لزرع غيره ؟ على روايتين[4]

على قوله « وليس للامام اقطاعه » بغير خلاف علمناه

(١) قوله « وإذا ملك المحيي الخ » إذا ملك الأرض بالإحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن ظاهراً كان أو باطنا قاله الأصحاب لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها

(٢) قوله « وان ظهر فيه عين ماء الخ » إذا ظهر فيه عين ماء فهو أحق بها ، وهل يملكه ؟ فيه روايتان احداهما لا يملك وهو الصحيح من المذهب . وكذا إذا ظهر فيه معدن جار فهو أحق به ولا يملكه ، وكذا إن ظهر كلأ أو شجر

(٣) قوله « وما فضل الخ » هذا المذهب لكن بشرط أن لا تجد البهائم ماء مباحاً ولم تتضرر بذلك لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال « من منع فضل الماء ليمنع بها فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » وهو من مفردات المذهب

(٤) قوله « وهل يلزمه الخ » أحدهما يلزمه وهو المذهب لما روى اياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء رواه أبو داود والترمذي وصححه لكن قال أحمد رحمه الله تعالى الا أن يؤذيه بالدخول أو له فيه ماء السماء فيخاف عطشا فلا =

فصـــل

وإحياء الارض أن يحوزها بحائط [1] أو يجرى لهـا ماء، وان حفر بئرا عادية ملك حريمها خمسين ذراعا، وان لم تكن عادية فحريمهـــا خمسة وعشرون ذراعا [2]، وعند القاضى حريمهـا قـدر رشائهـــا مـن كل

= بأس أن يمنعه وهو من المفردات . والثانية لا يلزمه لأن الزرع لاحرمة له فعليها يجوز بيعه بكيل أووزن ويحرم بيعه مقدراً بمدة معلومة خلافاً لمالك، ويحرم أيضاً بيعه مقدراً بالرى أو جزافاً قاله القاضى وغيره

[فائدة] إذا حفر بئراً بموات للسابلة فالناس مشتركون فى مائها والحافر كأحدهم فى السقى والزرع والشرب، ومع الضيق يقدم الآدمى ثم الحيوان

(١) قوله « وإحياء الأرض الخ » أى منيع نص عليه لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « من أحاط حائطاً على أرض فهى له » رواه أحمد وأبو داود، وظاهر كلامه أنه سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم والخشب ونحوها وهذا هو الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان حفر بئراً عادية الخ » البئر العادية بتشديد الياء : القديمة نسبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينها لـكن لما كانت عاد فى الزمن الأول وكانت لها آثار فى الأرض نسب اليها كل قديم فـكل من سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقول النبى ﷺ « من سبق إلى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له » وحريمها خمسون ذراعا من كل جانب نص عليه، وان لم تـكن عادية فحريمها خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب نص عليه وهذا المذهب فيهما وهو من مفرداته، قال ناظمها :

بحفر بئر فى موات يملك ... حريمها معها بذرع يسلك
خمسة تملك والعشرون ... وان تـكن عادية خمسون

لما روى أبو عبيد فى الأموال عن سعيد بن المسيب قال : السنة فى حريم القليب العادى خمسون ذراعاً والبدئ خمسة وعشرون ذراعاً . وروى الخلال والدارقطنى نحوه مرفوعاً . وقوله بئراً عادية محمول على البئر التى انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فإستخرجه ليكون ذلك إحياء، فاما البئر التى لها ماء ينتفع به الناس فليس لأحد احتجاره كالمعادن الظاهرة

جانب (١) ، وقيل إحياء الارض ما عد إحياء وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء (٢) ، وقيل ما يتكرر كل عام كالسقي والحرث فليس باحياء وما لا يتكرر فهو إحياء ، ومن تحجر مواتا لم يملكه (٣) وهو أحق به ووارثه بعده ومن ينقله اليه وليس له بيعه (٤) . وقيل له ذلك . فان لم يتم إحياؤه قيل له إما أن تحييه أو تتركه ، فان طلب الإمهال أمهل الشهرين والثلاثة ، فان أحياه غيره فهل يملكه ؟ على وجهين (٥)

فصل

وللامام إقطاع موات لمن يحييه (٦) ، ولا يملكه بالإقطاع بل يصير

---

(١) قوله « وعند القاضي الخ » أي لما روى أن النبي ﷺ قال « حريم البئر مد رشائها » رواه ابن ماجه

(٢) قوله « وقيل الخ » وحكاه القاضي رواية لأن الشارع أطلق الإحياء ولم يبين صفته فوجب أن يرجع فيه الى العرف كالقبض والحرز

(٣) قوله « ومن تحجر مواتا لم يملكه » هذا الصحيح من المذهب نص عليه وتحجره الشروع في إحيائه من غير أن يتمه مثل أن يدير حول الأرض ترابا أو بجدار صغير أو يحفر بئرا لم يصل إلى مائها نقله حرب ، لأن الملك بالاحياء ولم يوجد ، قال الحارثي : وعن أحمد رحمه الله رواية بإفادة الملك وهو الصحيح انتهى

(٤) قوله « وليس له بيعه » هذا المذهب لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه

(٥) قوله « فان أحياه غيره الخ » يعني لو بادر غيره في مدة الامهال وأحياه أحدهما لا يملكه وهو الاظهر لمفهوم قوله « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، ولأنه أحيا في حق غيره

(٦) قوله « وللامام الخ » أي لأنه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث العقيق وأقطع وائل بن حجر أرضاً . وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة . وينبغي أن يقطع مقدار ما يحييه فان فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه كما استرجع عمر رضي الله عنه من بلال ما عجز عن عمارته بالعقيق الذي =

كالمتحجر الشارع فى الاحياء [١]، وله إقطاع الجلوس فى الطرق الواسعة ورحاب المساجد مالم يضيق على الناس، ولا يملك ذلك بالاحياء، ويكون المقطع أحق بالجلوس فيها، فان لم يقطعها فلمن سبق إلى الجلوس فيها، ويكون أحق بها ما لم ينقل قماشه عنها، فان أطال الجلوس فيها فهل يزال؟ على وجهين. فان سبق اثنان أقرع بينهما، وقيل يقدم الامام من رأى منهما. ومن سبق الى معدن فهو أحق بما ينال منه [٢]، وهل يمنع إذا طال مقامه؟ على وجهين [٣]. ومن سبق إلى مباح كصيد وعنبر وحطب وثمر وما ينبذه الناس رغبة عنه فهو أحق به [٤]، وان سبق اليه اثنان قسم بينهما. وإذا كان الماء فى نهر غير مملوك كمياه الأمطار فلمن فى أعلاه أن يسقى ويحبس الماء حتى يصل الى كعبه ثم يرسل الى من يليه [٥]،

= أقطعه رسول الله ﷺ

(١) قوله «ولا يملكه الخ» هذا المذهب لأنه لو ملكه به لما جاز استرجاعه قال الحارثى وقال مالك يثبت الملك بنفس الإقطاع يبيع ويهب ويتصدق ويورث عنه قال وهو الصحيح

[فائدة] للامام اقطاع غير الموات تمليكا وانتفاعا للمصلحة دون غيرها

(٢) قوله «ومن سبق الى معدن الخ» هذا المذهب وسواء كان المعدن ظاهرا أو باطنا إذا كان فى موات وقيل من أخذ من معدن فوق حاجته منع منه، قال فى المغنى والشرح: فان أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك

(٣) قوله «وهل يمنع الخ» يعنى الآخذ الخ. أحدهما لا يمنع وهو الصحيح من المذهب

(٤) قوله «ومن سبق الى مباح الخ» لقوله عليه الصلاة والسلام «من سبق إلى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له» مع قوله لما رأى ثمرة ساقطة «لولا أخشى أن تكون من الصدقة لاكلتها» رواه البخارى

(٥) قوله «وإذا كان الماء فى نهر الخ» إذا كان جاريا وهو غير مملوك =

فان أراد انسان إحياء أرض بسقيها منه جاز ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة

= لايخلو إما أن يكون نهرا عظيما كالنيل والفرات ودجلة وشبهها أو لا، فان كان نهرا عظيما فهذا لايزاحم فيه ولكل أحد أن يسقى منه ما شاء متى شاء كيف شاء، وان كان نهرا صغيرا يزدحم الناس فيه أو يتشاحون فى مائه أو سيلا يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه فانه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى ويحبس حتى يصل الى كعبه نص عليه ثم يرسل إلى من يليه كذلك وعلى هذا الى أن تنتهى الأراضى كلها فان لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثانى أو عن من يليهما فلا شيء للباقين لأنه ليس لهم الا ما فضل فهم كالعصبة ولا نعلم فيه خلافا لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن رجلا خاصم الزبير فى شراج الحرة التى يسقون بها الى النبى ﷺ فقال النبى ﷺ «اسق يازبير ثم أرسل الى جارك» فغضب الانصارى وقال: ان كان ابن عمتك. فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال النبى ﷺ: اسق يازبير ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر فقال الزبير رضى الله عنه والله انى لأحسب هذه الآية نزلت فى ذلك ﴿فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾ الآية متفق عليه. وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى قال: نظرنا فى قول النبى ﷺ «ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر» فكان ذلك الى الكعبين وشراج الحرة مسايل الماء جمع شرج وهو النهر الصغير. فان كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها ماهو يستعلى ومنها ماهو مستفل سقى كل واحدة منهما على حدتها قاله فى المغنى والشرح وغيرهما. وقال فى الترغيب: ان كانت الأرض العليا مستفلة سدها إذا سقى حتى يصعد الى الثانى

[فوائد] إحداها لو استوى اثنان فى القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ان أمكن وان لم يمكن أقرع بينهما فيقدم من قرع فان كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدرحقه من الماء ثم يتركه للآخر وليس له أن يسقى بجميع الماء لمساواة الآخر له وانما القرعة للتقدم، بخلاف الأعلى مع الأسفل فانه ليس للاسفل حق الا فى الفاضل عن الأعلى، وان كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الارض

(الثانية) لو احتاج الاعلى الى السقى ثانيا قبل انتهاء سقى الاراضى لم يكن له ذلك

(الثالثة) لو ترك دابته بفلاة أو مهلكة ليأسه منها أو عجزه عن علفها =

منه [١] ، وللامام أن يحي أرضا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها ما لم يضيق على الناس وليس ذلك لغيره ، وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ، وما حماه غيره من الأئمة فهل يجوز نقضه ؟ على وجهين

ملكها آخذها على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب ، وقيل لا يملكها وهو وجه كالرقيق وترك المتاع عجزا بلا نزاع ، ويرجع باجرة الرقيق وأجرة حمل المتاع على الصحيح من المذهب نص عليه

(الرابعة) لو ألقى متاعه في البحر خوفا من الغرق فقال الحارثي نص أحمد في المتاع يقتضى أن مايلقيه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكهم انتهى . وقيل يملكه آخذه قدمه في الفائق وهو احتمال في المغني وصححه في النظم وقدمه في الرعايتين ، فعلى الاول لآخذه الاجرة

(١) قوله « فأن أراد انسان الخ » إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل فجاء انسان ليحي مواتا أقرب الى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسق قبلهم على المذهب لانهم أسبق إلى النهر منه واختار الحارثي أن له ذلك قال وظاهر الاخبار المتقدمة وعمومها يدل على اعتبار السبق الى أعلى النهر مطلقا قال وهو الصحيح . وهل لهم منعه من احياء ذلك الموات ؟ على وجهين : أحدهما ليس لهم منعه قال الحارثي وهو أظهر وقدمه ابن رزين في شرحه وجزم به في الكافي [١] والثاني لهم منعه قال الحارثي وهو المفهوم من ايراد الكتاب ، فعلى الاول لو سبق الى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فاحيا في أسفله مواتا ثم احيا آخر فوقه ثم احيا ثالث فوق الثاني كان للذى احيا أولا السقى أولا ثم الثاني ثم الثالث وعلى ما اختاره الحارثي ينعكس

على قوله « ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه » ولو كان الماء بنهر مملوك كحفر نهر صغير سيق الماء اليه من نهر كبير فما حصل فيه من الماء ملك للحيازة فلو كان لجماعة فالماء بينهم على حسب العمل والنفقة فان لم يكفهم وتراضوا على

(١) أى اذا لم يضر بأهل الارض الشاربة ، فان أضر بهم منعوه من الاحياء على المذهب

باب الجعالة

وهى أن يقول من رد عبدى أو لقطتى أو بنى لى هذا الحائط فله كذا[1] فمن فعله بعد ان بلغه الجعل استحقه[2]، وان فعله جماعة فهو بينهم ، ومن فعله قبل ذلك لم يستحقه سواء أرده قبل بلوغ الجعل أو بعده ، وتصح على مدة

= قسمته فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الأرض فى مصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل حز أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به فان كانت أملاكهم مختلفة بأن كان لأحدهم نصفه وللثانى ثلثه وللثالث سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة تصب فى ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد

(١) قوله « وهى أن يقول من رد عبدى الخ » أى إذا كانت الجعالة فى رد الآبق أكثر من دينار أو اثنى عشر درهما والا فله ما قدره الشارع لأنه فى معنى المعاوضة فوجود الجعالة يوجب أكثر الأمرين من المقدر والمشروط

[فائدة] الجعالة نوع اجارة لوقوع العوض فى مقابلة منفعة ، وانما تميز بكون الفاعل لا يلتزم الفعل ويكون العقد قد يقع منهما لا مع معين ويجوز فى الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل على الصحيح من المذهب ، وقيل لا كالاجاره

على قوله « من رد عبدى أو لقطتى أو بنى لى هذا الحائط » وكذا سائر ما يستأجر عليه من الأعمال

على قوله « فله كذا » فاقتضى ذلك ان لا يكون فى يده فلو كانت اللقطة فى يده فجعل له مالكها جعلا ليردها لم يبح له أخذه

(٢) قوله « فمن فعله الخ » فعلى هذا ان تلفت فى أثنائه استحق بالقسط فان تلف الجعل كان له مثله ان كان مثليا والا قيمته على الصحيح من المذهب

[فائدة] لو رده من نصف الطريق المعينة أو قال من رد عبدى فرد أحدهما فله نصف الجعل وان رده من مسافة أبعد من المعينة فله المسمى لا غير

مجهولة وعمل مجهول إذا كان العوض معلوما [١] ، وهى عقد جائز لكل واحد منهما فسخها ، فتى فسخها العامل لم يستحق شيئا ، وإن فسخها الجاعل بعد الشروع فعليه للعامل أجرة عمله [٢] ، وان اختلفا فى أصل الجعل أو قدره فالقول قول الجاعل . ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شىء له [٣]

---

(١) قوله « وتصح على مدة مجهولة الخ » أى لأنها عقد جائز فجاز أن يكون العمل والمدة مجهولين كالشركة ، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لكونه لا يعلم موضع الضالة والآبق . ويشترط كون العوض معلوما لانه يصير لازما بتمام العمل . وقال المصنف فى المغنى ويحتمل أن تصح الجعالة مع الجهل بالعوض إذا كان الجهل لا يمنع التسليم نحو ان يقول من رد عبدى فله نصفه ومن رد ضالتى فله مثلها . قال أحمد رحمه الله تعالى : اذا قال الأمير فى الغزو من جاء بعشرة أرؤس فله رأس جاز فعليه لو كانت الجعالة تمنع من التسليم لم تصح الجعالة وجها واحدا وحينئذ يستحق العامل أجر المثل لأنه عمل بعوض لم يسلم وهذا الصحيح من المذهب وقيل فى رد الآبق المقدر شرعا

[فائدة] لو قال من داوى لى هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده فله كذا لم يصح مطلقا على الصحيح من المذهب

على قوله « فتى فسخها العامل » ، أى قبل تمام العمل

على قوله « لم يستحق شيئا » ، لأنه اسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه

(٢) قوله « وإن فسخها الجاعل الخ » أى أجرة مثل عمله لانه عمل بعوض وما عمله بعد الفسخ لا أجرة له عليه لانه عمل مأذون فيه

على قوله « وان اختلفا فى اصل الجعل » ، أى التسمية بأن أنكرها احدهما

على قوله « أو قدره » ، أو قدر المسافة

على قوله « فالقول قول الجاعل » ، لانه منكر والأصل براءة ذمته

(٣) قوله « ومن عمل لغيره الخ » هذا إن لم يكن العامل معدا للأجرة فان كان معدا كالملاح والمكارى والحجام والفصاد والخياط والدلال ونحوهم ممن =

إلا فى رد الآبق (١) فإن له بالشرع دينارا أو اثنى عشر درهما (٢) ، وعنه إن رده من خارج المصر فله أربعون درهما ويأخذ منه ما أنفق عليه فى قوته ، وإن هرب منه فى طريقه فان مات السيد استحق ذلك فى تركته

باب اللقطة

وهى المال الضائع من ربه . وينقسم ثلاثة أقسام : (أحدها) ما لا تتبعه الهمة كالسوط والشسع والرغيف فيملك بأخذه بلا تعريف . (الثانى) الضوال التى تمتنع من صغار السباع كالابل والبقر والخيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها فلا يجوز التقاطها ، ومن أخذها ضمنها ، فان دفعها إلى نائب الامام زال عنه الضمان (٣) . (الثالث) سائر الأموال كالأثمان والمتاع

= يرصد نفسه للتكسب بالعمل واذن له فى العمل فله أجرة المثل لدلالة العرف على ذلك . ويستثنى أيضاً من قول المصنف « ومن عمل لغيره الخ » ما لو خلص متاع غيره من بحر أو فم سبع أو فلاة . ولو كان المخلص عبدا فله أجرة مثله وإن لم يأذن له ربه

[فائدة] لو تلف ماخلصه من هلكة لم يضمنه منقذه على الصحيح من المذهب

على قوله « فلا شىء له » * بغير خلاف نعلمه

(١) قوله « إلا فى رد الآبق » أى فانه يستحقه بلا شرط روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وقاله شريح وعمر بن عبد العزيز

(٢) قوله « فان له بالشرع الخ » هذا المذهب لما روى ابن أبى مليكة وعمرو ابن دينار أن النبى ﷺ جعل فى رد الآبق إذا جاء به خارجا من الحرم دينارا وهو قول من سمينا ولم يعرف لهم مخالف وسواء رد من داخل المصر أو خارجه قربت المسافة أو بعدت وسواء كان الآبق يساوى المقدار أو لا وسواء كان الراد زوجا للرقيق الآبق أو ذا رحم فى عيال المالك أو لا

(٣) قوله « فان دفعها الى نائب الامام الخ » أى بلا نزاع لان الإمام له نظر فى ضوال الناس فكان نائبا عن أصحابها قال الحارثى هذا مبنى على أن لنائب =

والغنم والفصلان والعجاجيل والأفلاء[1] ، فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها [2] ، فان فعل ضمنها ولم يملكها وان عرفها ، ومن أمن نفسه عليها وقوى على تعريفها فله أخذها[3] والافضل تركها ، وعند أبي الخطاب رحمه الله

= الامام أخذها ابتداء للحفظ وهو شيء قاله متأخرو أهل المذهب القاضي وابن عقيل والسامرى والمصنف وغيرهم ، وكذا لو أمره بردها إلى موضعها وردها برئ قاله فى الفروع وغيره ، فاذا أخذها الامام أو نائبه منه لم يلزمه تعريفها

[فائدة] من أخذ ما يمتنع من صغار السباع ولو لم يكتمه ضمنه ان تلف أو نقص قبل رده كغاصب لان التقاطه غير ماذون فيه وان كتمه وتلف ضمنه بقيمته مرتين لربه أيا ما كان الملتقط أو غيره قال أبو بكر فى التنبيه ثبت خبر عن النبي ﷺ أنه قال فى الضالة المكتومة « غرامتها ومثلها معها » قال وهذا حكمه ﷺ فلا يرد

(١) قوله « الثالث سائر الاموال الخ » يعنى يجوز التقاطها هذا المذهب

(تنبيه) شمل كلام المصنف العبد الصغير والجارية وهو صحيح قال فى الرعاية والعبد الصغير كالشاة وكذا كل جارية تحرم على الملتقط وجزم به فى الوجيز قال الحارثى وصغار الرقيق مطلقا يجوز التقاطه ذكره القاضى وابن عقيل واقتصر على ذلك ، وقيل لا تملك بالتعريف قال القاضى : هذا قياس المذهب . قال المصنف فى المغنى وهذه المسئلة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته فان كان ممن لا يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره لان الطفل لاقول له ، ولو اعتبر قوله فى ذلك لاعتبر تعريفه فى سيده . انتهى

على قوله « والأفلاء » بالمد جمع فلو كسحر وهو الجحش والمهر إذا فطما أو بلغا السنة . اهـ قاموس

(٢) قوله « فمن لا يأمن الخ » هذا المذهب لما فى ذلك من تضييع مال غيره فحرم وسواء تلفت بتفريطه أو لا

(٣) قوله « ومن أمن نفسه الخ » لحديث زيد بن خالد الجهنى رضى الله عنه قال سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها =

تعالى إن وجدها بمضيعة فالافضل أخذها. ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها أو فرط فيها ضمنها (١) . وهى على ثلاثة أضرب : (حيوان) فيتخير بين أكله (٢)

= ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه ، وسأله عن ضالة الإبل فقال « مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسأله عن الشاة فقال « خذها فانما هى لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه . ثبت فى النقدين وقسنا عليهما المتاع ، وعلى الشاة قسنا كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ولا فرق بين أن يجدها فى مصر أو مهلكة لأنه عليه الصلاة والسلام لم يستفصل ولو افترق الحال لاستفصل

على قوله « وقوى على تعريفها » ظاهر قوله وقوى على تعريفها أن العاجز عن التعريف ليس له أخذها وهو صحيح

(١) قوله « ومتى أخذها ثم ردها الخ » اعلم أنه إذا التقطها ثم ردها إلى موضعها فلا يخلو إما أن يكون مما يجوز التقاطه أو لا فان كان مما يجوز التقاطه ضمنها إلا أن يأمره الحاكم أو نائبه بذلك فلا يضمن بلا نزاع ، وان كان مما لا يجوز التقاطه إذا رده فكذلك ، ودل على أنها إذا ضاعت عنده فى حول التعريف بلا تفريط لا ضمان عليه

[فائدة] لو التقطها آخر لزمه ردها الى الأول مع علمه فان لم يعلم حتى عرفها حولا ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك كالأول ولا يملك الأول انتزاعها منه فان جاء صاحبها أخذها من الثانى وليس له مطالبة الأول وان علم الثانى بالأول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها الثانى حولا ملكها ، وان قال الأول للثانى عرفها وتكون ملكا لى ففعل فهو نائبة فى التعريف ويملكها الأول . وان قال الأول عرفها وتكون بيننا ففعل صح

على قوله « ثم ردها الى موضعها » . وقال مالك لاضمان عليه لأنه روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لرجل وجد بعيرا « أرسله حيث وجدته » رواه الأثرم

(٢) قوله « فيتخير بين أكله » لقوله عليه الصلاة والسلام « هى لك أو لأخيك أو للذئب » ولا فرق بين أن يجدها فى المصر أو الصحراء ويلزمه قيمتها فى قول أكثر العلماء لأنه إذا كان عليه قيمة ما يضطر اليه إذا أكله فلأن يكون =

وعليه قيمته، وبين بيعه وحفظ ثمنه، وبين حفظه والانفاق عليه من ماله. وهل يرجع بذلك؟ على وجهين. (الثانى) مايخشى فساده فيتخير بين بيعه وأكله إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب فيفعل مايرى الحظ فيه لمالكه [1] وغرامة التجفيف منه، وعنه يبيع اليسير ويدفع الكثير الى الحاكم. (الثالث) سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع [2] بالنداء عليه فى مجامع الناس كالاسواق وأبواب المساجد فى أوقات الصلوات حولا كاملا [3]: من ضاع منه شيء

= عليه قيمة ماذكر بطريق الأولى، وقال مالك: له أكل ضالة الغنم ولا غرامة عليه لصاحبها ولا تعريف، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء.

على قوله «فيتخير بين أكله وعليه قيمته وبين بيعه وحفظ ثمنه وبين حفظه والانفاق عليه من ماله» ه مراده إذا استوت عنده الثلاثة، أما إذا كان أحدها أحظ فانه يلزمه فعله

على قوله «على وجهين» ه المذهب يرجع إذا نوى الرجوع

على قوله «فيتخير بين بيعه» ه وحفظ ثمنه

على قوله «وأكله» ه وتثبت القيمة فى ذمته فان تركه حتى تلف ضمنه لانه فرط فى حفظه كالوديعة

(١) قوله «إلا أن يمكن تجفيفه الخ» أى لان ذلك أمانة فى يده وفعل الاحظ فى الأمانة متعين. قال فى المغنى: ومقتضى قول أصحابنا ان العروض لا تملك بالتعريف أنه لايجوز له أكله، لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه، وذكر نصا يدل على ذلك

على قوله «وغرامة التجفيف منه» ه لانه من مصلحته

(٢) قوله «ويعرف الجميع» أى وجوبا. وقال الشافعى لايجب على من أراد حفظها لصاحبها. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر به زيد بن خالد وأبى بن كعب ولأنه طريق الى وصولها الى صاحبها

(٣) قوله «حولا كاملا» روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم وقاله أكثر العلماء. ويكثر منه فى موضع وجدانها ويعرفها فى الأسبوع الأول =

أو فقد ، وأجرة المنادى عليه [1]، وقال أبو الخطاب مالا يملك بالتعريف وما يقصد حفظه لمالكه يرجع بالاجرة [2] فان لم يعرف دخل فى ملكه بعد الحول حكما كالميراث ، وعند أبى الخطاب لايملكه حتى يختار ذلك ، وعن أحمد رحمه الله تعالى لا يملك إلا الأثمان وهى ظاهر المذهب ، وهل له الصدقة بغيرها ؟ على روايتين . وعنه لا تملك لقطة الحرم بحال [3]

فصل

ولا يجوز له التصرف فى اللقطة حتى يعرف وعاءها ووكاءها وقدرها

= كل يوم مرة ثم مرة فى كل أسبوع من شهر ثم مرة فى كل شهر وقيل على العادة بالنداء وهو ظاهر كلام كثير من الاصحاب قال فى الأنصاف : وهو الصواب ويكون على الفور

[فائدة] لو أخر التعريف عن الحول الأول مع امكانه أثم وسقط التعريف على الصحيح من المذهب نص عليه

(١) قوله « وأجرة المنادى عليه » أى على الملتقط نص عليه لأنه سبب وهذا المذهب

(٢) قوله « وقال أبو الخطاب الخ » وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى قال فى الانصاف : وهو الصواب لانه من مؤنة ايصا لهاالیه وقيل على ربها مطلقا وعند الحلوانى وابنه الاجرة من نفس اللقطة كمؤنة للتجفيف

على قوله « كالميراث » « هذا المذهب نص عليه

(٣) قوله « وعنه لا تملك لقطة الحرم » قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها وهو الصحيح من المذهب وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب رضى الله عنهم وهو مذهب مالك وأبى حنيفة . وروى عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتمليك ويجوز لحفظها لمالكها فان التقطها عرفها ابدا اختاره الشيخ تقى الدين وغيره من المتأخرين قال فى الفائق وهو المختار قال الحارثى وهو الصحيح وهو قول عبد الرحمن بن مهدى وأبى عبيد لقوله ﷺ فى مكة « لا يحل ساقطها الا لمنشد » متفق عليه والمنشد المعرف قاله أبو عبيد والناشد الطالب =

وجنسها[1]، ويستحب ذلك عند وجدانها والإشهاد عليها[2] فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها اليه بنمائها المتصل وزيادتها المنفصلة لمالكها قبل الحول[3] ولواجدها بعده فى أصح الوجهين . وان تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها[4]، وان كان بعده ضمنها[5] . وإن وصفها اثنان قسمت بينهما فى أحد

= ووجه الأولى عموم الاحاديث ولانها أحد الحرمين أشبه حرم المدينة . وقوله ﷺ « إلا لمنشد » يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاما ، وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها

(١) قوله « ولا يجوز له التصرف الخ » لحديث زيد وفيه « فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فاعطها اياه » رواه مسلم ، ولحديث أبى رضى الله عنه

(٢) قوله « والإشهاد عليها » أى يستحب ويكونان عدلين وهذا المذهب وبه قال مالك والشافعى ، فعلى هذا لا يضمن إذا لم يشهد وقيل يجب اختاره أبو بكر وابن أبى موسى قال الحارثى وهو الصحيح قال فى الفائق وهو المنصوص لقوله ﷺ « من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل » رواه أبو داود فعليها يضمن بتركه وهو قول أبى حنيفة ولنا خبر زيد وأبى رضى الله عنهما ، فلو وجب لبينه

على قوله « لزم دفعها اليه » « أى بلا بينة ولا يمين وان لم يغلب على ظنه صدقه وهذا المذهب وبه قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يجبر على ذلك الا ببينة والأول أولى لقوله « فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها اليه » ولقوله « فان جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه »

(٣) قوله « وزدياتها المنفصلة الخ » هذا المذهب لانها قبل الحول نماء ملكه وبعد الحول ملكها الملتقط بانقضاء الحول فالنماء اذا نماء ملكه

(٤) قوله « وان تلفت الخ » مراده اذا لم يفرط وهذا المذهب لانها أمانة فى يده فلم يضمن بغير تفريط كالوديعة

(٥) قوله «وان كان بعده ضمنها» هذا المذهب ولولم يفرط لانها دخلت فى ملكه بانقضاء الحول وتلفت من ماله ، وان وجد العين ناقصة بعد الحول أخذالعين =

الوجهين (١) ، وفى الآخر يقرع بينهما (٢) فمن قرع صاحبه حلف وأخذها ،

= وأرش النقص لأن جميعها مضمون إذا تلف فكذلك أرش نقصها وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضى حول التعريف فاما من قال لايملكها إلا باختياره لم يضمن اياها حتى يتملكها . وقال داود إذا تملك العين واتلفها لم يضمنها وهو رواية عن أحمد لحديث عياض المرفوع « فان جاء ربها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء » ولنا قوله ﷺ « فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه »

[فائدتان] احداهما إذا تصرف فى اللقطة بعد الحول ، فان كانت مثلية ضمنها بمثلها وان لم تكن مثلية ضمنها يوم عرف ربها على الصحيح من المذهب ، وقيل يضمنها بقيمتها يوم ملكها قطع به ابن أبى موسى وصاحب التلخيص وصححه فى الفائق

(الثانية) لوأدركها ربها بعد الحول مبيعة أو موهوبة فليس له إلا البدل كما فى التلف ، ولو أدركها فى زمن الخيار فوجهان أصحهما وجوب الفسخ والرد اليه . والوجه الثانى عدم الوجوب وهو قوى فى النظر لأن المال ينتقل الى المشترى زمن الخيار على الصحيح من المذهب ولو كان عاد اليه بفسخ أو شراء أو غير ذلك أخذه المالك ولو أدركه مرهونا ملك انتزاعه لقيام ملكه وانتفاء اذنه فى الرهن قطع به الحارثى ، قال فى الانصاف : قلت يتوجه عدم الانتزاع لتعلق حق المرتهن به

(١) قوله « وان وصفها اثنان الخ » وصححه فى التصحيح واختاره ابن عبدوس وقدمه فى الهداية والمستوعب والخلاصة والمحرر والحاوى والقواعد ، لأنهما استويا فى السبب الموجب للدفع أشبه ما لو كانت فى ايديهما

(٢) قوله « وفى الآخر الخ » هذا المذهب ، قال الحارثى : والمذهب القرعة ودفعها إلى القارع مع يمينه نص عليه وذكره المصنف فى كتابيه ، وهكذا ان أقاما بينتين لأنهما تداعيا عينا فى يد غيرهما وتساويا فى البينة أو عدمها

(تنبيه) محل هذا اذا وصفاها معا أو وصفها الثانى قبل دفعها الى الأول أما إذا وصفها واحد ودفعت اليه ثم وصفها آخر فان الثانى لا يستحق على الصحيح من المذهب

وان أقام آخر بينة أنها له أخذها من الواصف (١) فان تلفت ضمنها من شاء من الواصف أو الدافع اليه إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه ، ومتى ضمن الدافع رجع على الواصف

فصل

ولا فرق بين كون الملتقط غنيا أو فقيرا مسلما أو كافرا عدلا أو فاسقا يأمن نفسه عليها ، وقيل يضم الى الفاسق أمين فى تعريفها وحفظها . وإن وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها (٢) فاذا عرفها فهي لواجدها وان

---

(١) قوله « فان أقام آخر بينة الخ » هذا أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقيل لايلزم الملتقط شيء إذا قلنا بوجوب الدفع اليه وهو تخريج فى المغنى والشرح وهو المذهب لأنه فعل ما أمر به ولم يفرط

على قوله « من الواصف » * ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لأن العدوان منه والتلف عنده

على قوله « رجع على الواصف » * مراده إذا لم يعترف الدافع للواصف بالملك فاما ان اعترف له لم يرجع البتة

على قوله « يأمن نفسه عليها » * هذا المذهب فى ذلك

على قوله « ويضم الى الفاسق أمين فى تعريفها وحفظها » * وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر ينزعها من يده ويدعها فى يد عدل

(٢) قوله « وان وجدها صبي الخ » ، وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والمجنون إذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ، فان تلفت فى يده بغير تفريط فلا ضمان عليه وان تلفت بتفريط ضمنها فى ماله ، وإذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة ، فان تركها فى يده ضمنها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي ، ويعرفها الولى لأن واجدها ليس من أهل التعريف

على قوله « أو سفيه » * أو مجنون

وجدها عبد فلسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إذا كان عدلا[1]، وان لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه ، فان أتلفها قبل الحول فهى فى رقبته ، وان أتلفها بعده فهى فى ذمته[2] . والمكاتب كالحر ، ومن بعضه حر فهى بينه وبين سيده إلا أن يكون بينهما مهايأة فهل تدخل فى المهايأة ؟ على وجهين[3]

---

(١) قوله « وان وجدها عبد الخ » للعبد أن يلتقط وان يعرفها بغير اذن سيده على الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وقال فى الآخر لا يصح التقاطه لأن اللقطة فى الحول الأول أمانة وولاية وفى الثانى تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا التملك . ولنا عموم الخبر ، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبى ويصح منه فيصح من العبد ، ولأن من جاز منه قبول الوديعة صح منه الالتقاط

على قوله « لزمه سترها عنه » ، لأنه يلزمه حفظها وذلك وسيلة اليه ويسلمها إلى الحاكم ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان

على قوله « فهى فى رقبته » ، بلا نزاع وكذا إذا تلفت بتفريط فلو تلفت بلا تفريط فلا ضمان عليه كالحر

(٢) قوله « وان أتلفها بعده الخ » هذا أحد القولين نص عليه ، وقيل إن اتلفها بعد الحول فان قلنا يملكها فهى فى ذمته وان قلنا لا يملكها فهى فى رقبته وهذا المذهب

(٣) قوله « فهل تدخل فى المهايأة الخ » أحدهما لا تدخل بل تكون بينه وبين سيده وهو المذهب لأنها من الاكساب النادرة اشبهت الميراث وكذا الحكم فى النادر من كسب المعتق بعضه كالهبة والهدية والوصية ونحوها

[فوائد] منها لو وجد لقطة فى غير طريق مأتى فهى لقطة على الصحيح من المذهب واختار الشيخ تقى الدين أنه كالركاز واختاره فى الفائق . ومنها لو أخذ ثوبه أو متاعه وترك له بدله فالصحيح من المذهب أنه لقطة نص عليه وقيل لا يعرفه مع قرينة سرقة وهو احتمال للمصنف قال فى الانصاف وهذا عين الصواب قال الحارثى وهذا حسن . ومنها لو وجد فى جوف حيوان درة أو نقدا فهو لقطة لواجده على

باب اللقيط

وهو الطفل [1] المنبوذ . وهو حر ينفق عليه من بيت المال ان لم يكن معه ماينفق عليه . ويحكم باسلامه إلا أن يوجد فى بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافرا ، فان كان فيه مسلم فعلى وجهين [2] . وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال فى جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له ، وان كان مدفونا تحته [3] أو مطروحا قريبا منه فعلى وجهين [4] . وأولى الناس بحضانته واجده ان كان أمينا ، وله الإنفاق عليه مما وجد معه بغير اذن حاكم، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا باذنه . وان كان فاسقا أو رقيقا أو كافرا واللقيط مسلم أو بدويا ينتقل فى المواضع أو وجده

= الصحيح من المذهب وعنه للبائع ان ادعاه فاما ان كانت الدرة غير مثقوبة فى السمكة فهو للصياد لان الظاهر ابتلاعها من معدنها . ومنها مؤنة رد اللقطة على ربها على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وهو الطفل » يعنى فى الواقع فى الغالب والا فهو لقيط إلى سن التميز فقط على الصحيح من المذهب

على قوله « وهو حر » ٭ اجماعا حكاه ابن المنذر

(٢) قوله « فان كان فيه مسلم الخ » أى كتاجر وغيره أحدهما يحكم بكفره وهو المذهب تغليبا للدار والاكثر

(٣) قوله « وان كان مدفونا تحته » يعنى إذا كان الدفن طريا واطلق فيه وجهين : احدهما يكون له وهو المذهب ، وحكى فى الرعايتين والحاوى الصغير والفائق وجها أنه له ولو لم يكن الدفن طريا وهو ظاهر كلام المصنف هنا قال فى الإنصاف : وهو بعيد جداً

(٤) قوله « أو مطروحا الخ » أحدهما يكون له وهو الصحيح من المذهب عملا بالظاهر

على قوله « بغير اذن حاكم » ٭ وهو المذهب

فى الحضر فأراد نقله إلى الباديةلم يقر فى يده [١] . وان التقطه فى البادية مقيم فى حـلة أو من يريد نقله إلى الحضر أقـر معه . وان التقطه فى الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر فهل يقر فى يده ؟ على وجهين . وان التقطه اثنان قدم الموسر منهما على المعسر والمقيم على المسافر ، فان تساويا وتشاحا اقرع بينهما ، فان اختلفا فى الملتقط منهما قدم من له بينة ، فان لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد ، فان كان فى ايديهما اقرع بينهما ، وان لم يكن لهما يد فوصفه احدهما قدم وإلا سلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرهما

فصـــل

وميراث اللقيط وديته إن قتل لبيت المـال [٢] . وان قتل عمدا فوليه

---

(١) قوله « أو رقيقا الخ » وفيه مسائل : الأولى أنه لا يقر فى يد الفاسق على الصحيح من المذهب ، لأنه ليس فى حفظه إلا الولاية ولا ولاية لفاسق وكذا المبذر ولا يقر فى يده وان لم يـكن فاسقا . الثانية أنه لا يقر فى يد العبد لأنه لا ولاية له إلا أن يأذن له سيده . الثالثة لايقر فى يد كافر إذا كان اللقيط مسلما لأنه لا ولاية لـكافر ، ولا يؤمن أن يعلمه الـكفر . نعم حيث حكم بكفر اللقيط أقر فى يده لأن بعضهم أولياء بعض . الرابعة أنه لايقر فى يد البدوى الذى يتنقل فى المواضع لأن فيه إتعابا للطفل . الخامسة : أنه لايقر فى يد من وجده فى الحضر وأراد نقله إلى البادية لأن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه

(٢) قوله « وميراث اللقيط الخ » هذا المذهب ان لم يخلف وارثا ولا ولاء عليه وإنما يرثه المسلمون لأنهم يرثون من لا وارث له ، وهذا قول مالك والشافعى وأكثر أهل العلم وذكر ابن أبى موسى فى الأرشاد أن بعض شيوخه حكى رواية عن أحمد رحمه الله تعالى أن الملتقط يرثه واختاره الشيخ تقى الدين ونصره وصاحب الفائق قال الحارثى وهو الحق وبه قال شريح واسحاق لقول عمر رضى الله عنه لابى جميلة فى لقيط : هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته رواه سعيد ولما روى واثلة بن الأسقع قال قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاث مواريث : عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه» رواه أبو داود والترمذى وحسنه ولنا قوله ﷺ « إنما =

الامام إن شاء اقتص وان شاء أخذ الدية . وان قطع طرفه عمدا انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيرا مجنونا فللامام العفو على مال ينفق عليه ، وان ادعى الجانى عليه أو قاذفه رقه وكذلك اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط . وان ادعى انسان أنه مملوك لم يقبل إلا ببينة تشهد أن أمته ولدته فى ملكه ، ويحتمل أن لايعتبر قولها فى ملكه . وان أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل ، وعنه يقبل ، وقال القاضى يقبل فيما عليه رواية واحدة [1] ، وهل يقبل فى غيره ؟ على روايتين . وان قال انى كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد ، وقيل يقبل قوله إلا أن يكون قد نطق بالاسلام وهو يعقله

فصل

وان أقر انسان أنه ولده ألحق به مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة [2] حيا كان اللقيط أو ميتا . ولا يتبع الكافر فى دينه إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه ، وعنه لايلحق بامرأة ذات زوج ، وعنه إن كان لها إخوة

= الولاء لمن أعتق ، ولأنه لم يثبت عليه رق ولا آبائه فلم يثبت عليه ولاء ، وحديث واثلة لا يثبت قاله ابن المنذر ، وقال فى خبر عمر : أبو جميلة رجل مجهول لايقوم بحديثه حجة

(١) قوله « وقال القاضى الخ » وهذا قول المزنى لانه أقر بما يوجب حقا عليه وحقا له فوجب أن يثبت ما عليه فقط كما لو قال لفلان عندى ولى عنده رهن

(٢) قوله « أو امرأة » إذا كان المدعى امرأة فروى عن أحمد أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين اشبهت الاب وقد روى فى قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليه امرأتان فى ابن فحكم به للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته قال المصنف ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال وهذا قول الثورى والشافعى =

أو نسب معروف لم يلحق بها وإلا لحق . وإن ادعاه اثنان أو أكثر لأحدهم بينة قدم بها[١] . وان تساووا فى البينة أو عدمها عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا فان ألحقته بأحدهما لحق به [٢] وان ألحقته بهما لحق بهما[٣]

= وأبى ثور وأصحاب الرأى ،قال ابن المنذر وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لايثبت بدعوى المرأة لانها يمكنها اقامة البينة على الولادة

(١) قوله « وان ادعاه اثنان الخ » إذا ادعاه اثنان أو أكثر سمعت بينة كل واحد منهما لان كل واحد انفرد صحت دعواه فإذا تنازعوا تساووا فى الدعوى ولا فرق بين المسلم والكافر والحر والعبد وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمى والحر أولى من العبد فإن كان لاحدهما بينة قدم بها وان أقام كل منهما بينة تعارضتا وسقطتا

(٢) قوله « فان ألحقته باحدهما لحق » هذا قول الجمهور وقال أصحاب الرأى لاحكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعا لان الحكم بها مبنى على الشبه والظن فان الشبه يوجد بين الاجانب وبدليل الرجل الذى ولد له غلام أسود وقوله عليه الصلاة والسلام « لعله نزعه عرق » ولنا ما روى الشيخان عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ دخل عليها يبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجززا المدلجى نظر آنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال : ان هذه الاقدام بعضها من بعض . وقضى به عمر رضى الله عنه بحضرة الصحابة فكان اجماعا . ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى ولد الملاعنة « لولا الإيمان لكان لى ولها شأن » فحكم به عليه الصلاة والسلام للذى أشبهه

(٣) قوله « وان ألحقته بهما لحق » أى وكان ابنهما يرث ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث اب واحد يروى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور، وقال الشافعى لايلحق بأكثر من واحد فان الحقته بهما سقط قولها . ولنا ماروى سعيد حدثنا سفيان عن يحيي بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه فى امرأة وطئها رجلان فى طهر فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما . وباسناده عن الشعبي قال وعلى يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه

= على قوله « وان كثروا » * هذا المذهب نص عليه

ولا يلحق بأكثر من أم واحدة ، وان ادعاه أكثر من اثنين فألحق بهم لحق بهم وان كثروا ، وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين ، وان نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه فى أحد الوجهين . وفى الآخر يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهم أومأ اليه أحمد رحمه الله ، وكذلك الحكم ان وطىء اثنان امرأة بشبهة [1] أو جارية مشتركة بينهما فى طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطىء أرى القافة معهما ، ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا فى الاصابة

كتاب الوقف

وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة [2]، وفيه روايتان: احداهما أنه يحصل

---

(١) قوله «وكذلك الحكم إن وطىء اثنان الخ» أى كاللقيط فألحق بمن ألحقوه به منهما سواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الفراش ذكره القاضى . وشرط أبو الخطاب فى وطء الزوجة أن يدعى الزوج أنه من الشبهة فعلى قوله إن ادعاه لنفسه اختص به لقوة جانبه ذكره فى المحرر وفى ثالث يكون صاحب الفراش أولى به عند عدم القافة لثبوت فراشه ذكره فى الواضح وكذلك ان تزوجها كل منهما تزويجا فاسدا أو كان احدهما صحيحا والآخر فاسدا مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره فى عدتها ويطأها أو يبيع امته فيطأها المشترى قبل الاستبراء وتأتى بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما فبأيها ألحقوه لحق والخلاف فيه كالخلاف فى اللقيط . ويأتى فى آخر اللعان ان شاء الله تعالى هل للزوج أو السيد نفيه باللعان اذا ألحق به أو بهما

(٢) قوله «وهو تحبيس الأصل الخ» وهو مستحب ، والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال «أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها فقال : يارسول الله إنى أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندى منه ، فما تأمرنى فيه ؟ قال : ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث . قال فتصدق بها عمر فى الفقراء وذوى القربى والرقاب وابن السبيل والضعيف لا جناح على وليها أن يأكل منها =

بالقول والفعل الدال عليه [١] مثل أن يبنى مسجدا ويأذن للناس فى الصلاة فيه، أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم فى الدفن فيها، أو سقاية ويشرعها لهم. والأخرى لايصح إلا بالقول، وصريحه وقفت وحبست وسبلت [٢]، وكنايته تصدقت وحرمت وأبدت [٣]، فلا يصح الوقف بالكناية إلا أن ينويه [٤] أو يقرن بها أحد الالفاظ الباقية أو حكم الوقف فيقول تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة أو لاتباع ولا توهب ولا تورث، ولا يصح إلا بشروط أربعة: (احدها) أن يكون فى عين يجوز بيعها ويمكن

= أو يطعم صديقا بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه » متفق عليه، وروى عن النبي ﷺ « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية عليه أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » قال الشيخ تق الدين رحمه الله وأقرب الحدود فى الوقف أنه كل عين يجوز عاريتها فادخل فى حده أشياء كثيرة لايجوز وقفها عند أحمد والأصحاب

(١) قوله « إحداهما أنه يحصل الخ » وهذا المذهب كما مثل به المصنف، فعلى هذا ليس له الرجوع وهذا قول أبي حنيفة

(٢) قوله « والأخرى الخ » اختارها أبو محمد الجوزى وهو مذهب الشافعى

(٣) قوله « وكنايته الخ » أى لعدم خلوص كل لفظ منها عن الاشتراك فان الصدقة تستعمل فى الزكاة وهى ظاهرة فى صدقة التطوع والتحريم صريح فى الظهار والتأبيد يستعمل فى كل مايراد تأبيده

(٤) قوله « إلا أن ينويه » أى المالك فتى أتى بأحدى هذه الكنايات واعترف أنه نوى بها الوقف لزمه فى الحكم، وان قال ما أردت بها الوقف قبل قوله لانه أعلم بما فى ضميره

[فائدتان] احداهما إذا قال تصدقت بارضى على فلان والنظر لى أيام حياتى أو النظر لفلان ثم من بعده على ولده أو من بعده على فلان، أو تصدقت به على قبيلة كذا أو طائفة كذا كالفقراء والغزاة كان وقفا لأن هذه الألفاظ ونحوها لاتستعمل فيما عدا الوقف فاشبه ما لو أتى بلفظه الصريح

الانتفاع بها دائما مع بقاء عينها كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح[1]. ويصح وقف المشاع [2]، ويصح وقف الحلى على اللبس والعارية [3]، وعنه لا يصح

(الثانية) لو قال تصدقت بدارى على فلان ثم قال بعد ذلك أردت الوقف ولم يصدقه فلان وقال انما هى صدقة فلى التصرف فى رقبتها بما أريد لم يقبل قول المتصدق فى الحكم لأنه خلاف الظاهر قال فى الانصاف فيما يا بها

على قوله « أو يقرن بها أحد الالفاظ الباقية » ، وهى الكنايتان والصرائح الثلاث لأن اللفظ يترجح بذلك لإرادة الوقف

على قوله « فيقول » ، هذا مثال للأول

على قوله « أو لا تباع الخ » ، هذا مثال للثانى

على قوله « أو لا تباع ولا توهب ولا تورث » ، أى لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك

على قوله « أن يكون فى عين يجوز بيعها » ، غير المصحف فيصح وقفه وإن لم يجز بيعه

على قوله « مع بقاء عينها » ، كالإجارة

(١) قوله « كالعقار الخ » أما العقار فلحديث عمر . وأما الحيوان فلحديث أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا « من احتبس فرسا فى سبيل الله إيمانا واحتسابا فان شبعه وروثه وبوله فى ميزانه حسنات » رواه البخارى ، وأما الأثاث والسلاح فقوله عليه الصلاة والسلام « أما خالد فقد حبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله » متفق عليه . قال الخطابى الأعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد

(٢) قوله « ويصح وقف المشاع » هذا المذهب ، وبه قال مالك والشافعى وأكثر الفقهاء ، ويعتبر أن يقول كذا سهما من كذا سهما قاله أحمد رحمه الله تعالى

(٣) قوله « ويصح وقف الحلى الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعى لما روى نافع قال « ابتاعت حفصة حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته » رواه الخلال

ولا يصح الوقف فى الذمة كعبد ودار ، ولا غير معين[1] كاحد هذين ، ولا وقف مالا يجوز بيعه كأم الولد والكلب ، وما لا ينتفع به مع بقائه دائما كالأثمان والمطعوم والرياحين[2] . (الثانى) أن يكون على بر كالمساكين

على قوله « ولا يصح الوقف فى الذمة » أى لأنه نقل ملك على جهة القربة فلم يصح فى غير معين كالهبة

(١) قوله « ولا غير معين » وهذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب قال فى التلخيص ويحتمل أن يصح كالعتق . ونقل جماعة عن أحمد فيمن وقف دارا ولم يحدها قال: يصح وإن لم يحدها إذا كانت معروفة اختاره الشيخ تقى الدين فعلى الصحة يخرج المبهم بالقرعة قاله الحارثى وصاحب الرعاية وغيرهما

(٢) قوله « ولا مالا ينتفع به الخ » فى قول عامة أهل العلم لأن مالا ينتفع به إلا بالإتلاف لايصح وقفه كالشمع ليشعله . وقال فى الفائق : وعنه يصح وقف الدراهم فينتفع بها فى القرض ونحوه اختاره شيخنا يعنى به الشيخ تقى الدين وقال فى الاختيارات : ولو وقف الدراهم على المحتاجين لم يكن جواز هذا ببعيد ، وأما إذا وقف الاثمان للتحلى والوزن فالصحيح من المذهب أنه لا يصح ونقله الجماعة عن أحمد . وقيل يصح قياسا على الإجارة ويستثنى منه مالو وقف فرسا بسرج ولجام مفضضين فأنه يصح ويدخل تبعا نص عليه

[فائدتان] أحدهما لو وقف قنديل ذهب أو فضة على مسجد لم يصح وهو باق على ملك ربه فيزكيه على الصحيح من المذهب ، وقيل يصح فيكسر ويصرف فى مصالحه اختاره المصنف قال فى الانصاف : وهو الصواب . وقال الشيخ تقى الدين : لو وقف قنديل نقد للنبى ﷺ صرف لجيرانه ﷺ قيمته . وقال فى موضع آخر النذر للقبور هو للمصالح ما لم يعلم ربه وفى الكفارة الخلاف وإن من الحسن صرفه فى نظيره من المشروع . ولو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه جاز ويكون من باب الوقف قاله الشيخ تقى الدين

(الثانية) قال فى الفائق : ويجوز وقف الماء نص عليه قال فى الفروع وفى الجامع يصح وقف الماء .

والمساجد والقناطر والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة[١] ، ولا يصح على الكنائس وبيوت النار وكتابة التوراة والانجيل[٢]، ولا على حربى ولا مرتد[٣] ، ولا يصح على نفسه فى احدى الروايتين[٤] . وان وقف على غيره

---

(١) قوله « الثانى أن يكون على بر الخ » هذا المذهب ويصح الوقف على أهل الذمة لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ﴾ الآية وإذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم وروى ان صفية زوج النبى ﷺ وقفت على أخ لها يهودى ، فعلى المذهب لا يصح الوقف على مباح كتعليم شعر مباح ولا على مكروه كتعليم منطق لانتفاء القربة ولا يصح وقف الستور لغير الكعبة لأنه بدعة وصححه ابن الزاغونى فيصرف لمصلحته ، ويصح وقف عبده على حجرة النبى ﷺ لاخراج ترابها واشعال قناديلها لا لاشعالها وحده وتعليق ستورها الحرير والتعليق وكنس الحائط ونحو ذلك

على قوله « أن يكون على بر » ه وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا نص عليه

على قوله « والقناطر » ه والسقايات والمقابر وكتب العلم

(٢) قوله « ولا يصح على الكنائس الخ » وكذا البيع وهذا المذهب لأن ذلك معصية ، ولذلك غضب النبى ﷺ على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة ، قال احمد رحمه الله تعالى فى نصارى وقفوا على البيعة ضياعا وماتوا ولهم أبناء نصارى فاسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعى ، قال المصنف ولا نعلم فيه مخالفا . والذمى كالمسلم فى عدم الصحة فى ذلك على الصحيح من المذهب فلا يصح وقف الذمى على الكنائس والبيع وبيوت النار ونحوها

(٣) قوله « ولا على حربى أو مرتد » هذا المذهب لان أموالها مباحة فى الاصل

(٤) قوله « ولا يصح على نفسه الخ » وهى المذهب وعليه أكثر الأصحاب قال فى رواية أبى طالب لا أعرف الوقف الا ما أخرجه لله تعالى فان وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه فعليها يكون باطلا وهذا مذهب الشافعى لأن الوقف تمليك إما للرقبة أو للمنفعة وكلاهما لا يصح لان الانسان لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه=

واستثنى الأكل منه مدة حياته صح[1] . (الثالث) أن يقف على معين يملك ،

= فان وقفه على نفسه ثم من بعده على ولده أو على المساكين فعلى المذهب يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل على من بعده فيه وجهان قال فى المبدع والأصح أنه يصرف من بعده فى الحال ، والثانية يصح قال فى المذهب ومسبوك الذهب : صح فى ظاهر المذهب ، قال الحارثى هذا الصحيح ، وقال أبو المعالى يصح فى الأصح قال الناظم « يجوز على المنصور من نص أحمد » ، قال فى الفائق وهو المختار واختاره الشيخ تقى الدين وقال ابن عقيل هى أصح وهى قول ابن أبى ليلى وابن شبرمة وابن سريج ، قال فى الانصاف وهذه الرواية عليها العمل فى زمننا وقبله عند حكامنا من أزمنة متطاولة وهو الصواب وفيه مصلحة عظيمة وترغيب فى فعل الخير وهو من محاسن المذهب

(١) قوله « وان وقف الخ » هذا المذهب نص عليه واحتج بأنه قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى أن فى صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف وشرط عمر رضى الله عنه أكل الوالى عليها وكان هو الوالى عليها وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبيرى وابن سريج وقال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن : لايصح الوقف لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة

[فائدة] لو وقف على الفقراء ثم افتقر أبيح له التناول على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه

على قوله « وان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته » » أو مدة معلومة أو استثنى الأكل والانتفاع لأهله أو يطعم صديقه قال فى المستوعب وكذا ان شرط لأولاده أو بعضهم سكنى الوقف مدة حياتهم فعلى المذهب لو مات فى اثناء المدة المستثناة فقال فى المغنى ينبغى أن يكون ذلك لورثته ، وعلى المذهب يجوز ايجارها للموقوف عليه ولغيره

على قوله « أن يقف على معين » » أى لأن الوقف تمليك فلا يصح على غير معين كالهبة

على قوله « ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد » » بلا نزاع وكذا لا يصح لو كان مبهما كأحد هذين الرجلين على الصحيح من المذهب

ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد، ولا على حيوان لا يملك كالعبد والحمل[١] والملك والبهيمة. (الرابع) أن يقف ناجزا[٢] فان علقه على شرط لم يصح[٣] إلا أن يقول هو وقف بعد موتى فيصح فى قول الخرقى وقال أبو الخطاب لا يصح[٤]

على قوله «كالعبد» لا يصح الوقف على العبد على الصحيح من المذهب نص عليه ولو قلنا يملك بالتمليك لان ملكه كالعدم، والمدبر وأم الولد كالقن وكذا المكاتب، واختار الحارثى صحة الوقف على أم الولد، وقال الشيخ تقى الدين يصح الوقف على أم ولده بعد موته وإن وقف على غيرها على أن ينفق عليها مدة حياتها أو يكون الريع لها مدة حياتها صح

(١) قوله «والحمل» هذا المذهب وصحح ابن عقيل جواز الوقف على الحمل ابتداء واختاره الحارثى

[تنبيه] ايراد المصنف فى منع الوقف على الحمل يختص بما إذا كان الحمل أصلا فى الوقف أما إذا كان تبعاً بأن وقف على أولاده أو على أولاد فلان وفيهم حمل أو انتقل إلى بطن وفيهم حمل فيصح بلا نزاع لكن لا يشاركهم قبل ولادته على الصحيح من المذهب نص عليه، وقال ابن عقيل يثبت له استحقاق الوقف فى حال كونه حملا حتى صحح الوقف عليه ابتداء وافتى الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى باستحقاق الحمل من الوقف.

(٢) قوله «أن يقف ناجزا» مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو إذا ولد لى أو اذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم فى هذا خلافا

(٣) قوله «لم يصح» وقيل يصح واختاره الشيخ تقى الدين وصاحب الفائق والحارثى

(٤) قوله «إلا ان يقول الخ» وهو المذهب واختاره الشيخ تقى الدين فعلى المذهب يكون لازما من حين قوله هو وقف بعد موتى، وقال الحارثى: كلام الأصحاب يقتضى أن الوقف المعلق على الموت أو على شرط فى الحياة لا يقع لازما قبل وجود المعلق عليه لأن ما هو معلق بالموت وصية والوصية فى قولهم لا تلزم قبل الموت والمعلق على شرط فى الحياة فى معناها، قال والمنصوص عن أحمد =

فصــــل

ولا يشترط القبول إلا أن يكون على آدمى معين ففيه وجهان[1]: أحدهما يشترط ذلك فان لم يقبله أو رده بطل فى حقه دون من بعده وكان كما لو وقف على من لايجوز ثم على من يجوز يصرف فى الحال الى من بعده[2]. وفيه

= فى المعلق على الموت هو اللزوم انتهى . ويعتبر الوقف المعلق بالموت من ثلثه لأنه . فى حكم الوصية فان زاد على الثلث توقف لزوم الوقف فى الزائد على اجازة الورثة وان شرط شرطا فاسدا فى الوقف كخيار بان قال وقفته بشرط الخيار أبدا أو مدة معينة أو شرط تحويله عن الموقوف عليه أو بيعه متى شاء ونحوه لم يصح الوقف وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى يصح فى الكل قاله فى الفائق ولو شرط البيع عند خرابه وصرف الثمن فى مثله أو شرطه للمتولى بعده وهو من ينظر فى الوقف فسد الشرط فقط

(١) قوله « إلا أن يكون على آدمى معين الخ » إذا وقف وقفا فلا يخلو إما أن يكون على آدمى معين أو غيره ، فان كان على غير معين فقطع المصنف هنا أنه لايشترط القبول وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب . وان كان الموقوف عليه آدميا معينا زاد فى الرعايتين أو جمع محصور فالمذهب أنه لايشترط أيضاً لأنه إزالة ملك يمنع البيع فلم يعتبر فيه القبول كالعتق . والفرق أن الوقف لايخص المعين بل يتعلق به حق من يأتى من البطون فى المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فعلى المذهب لا يبطل برده فرده وقبوله وعدمهما واحد كالعتق جزم به فى المغنى والشرح

على قوله « بطل فى حقه دون من بعده » * هذا مفرع على القول باشتراط القبول

(٢) قوله « وكان كما لو وقف على من لا يجوز الخ » هذا الوقف المنقطع الابتداء وهو صحيح على الصحيح من المذهب لأن الواقف قصد صيرورة الوقف اليه فى الجملة ولا حالة يمكن انتظارها فوجب الصرف اليه لئلا يفوت غرض الواقف ولئلا تبطل فائدة الصحة

على قوله « على من لايجوز » * كالمجهول

على قوله « ثم على من يجوز » * كالمساكين

وجه آخر أنه إن كان من لايجوز يعرف انقراضه كرجل معين صرف الى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض ثم يصرف إلى من بعده ، وإن وقف على جهة تنقطع [1] ولم يذكر له مالا ، وكذا على من يجوز ثم على من لايجوز

على قوله « ان كان من لايجوز » * الوقف عليه
على قوله « كرجل معين » * أى كعبده وأم ولده
على قوله « المنقطع » * الانتهاء على ما يأتى
على قوله « ثم يصرف الى من بعده » * أى من يجوز عليه الوقف
على قوله « وإن وقف على جهة تنقطع » * أى كأولاده لأنه بحكم العادة يمكن انقراضهم

(١) قوله « وان وقف على جهة تنقطع » وجملة ذلك أن الوقف الذى لا اختلاف فى صحته عند القائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعله على المساكين أو طائفة لايجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان غير معلوم الانتهاء وهى مسئلة الكتاب مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فالمذهب الصحة وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعى فى أحد قولين لانه معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه إذ المطلق يحمل على العرف كنقد البلد وحينئذ يصرف إلى ورثة الواقف وقفا عليهم وهذا المذهب لأن الوقف مصرفه البر وأقاربه أولى الناس به لقوله عليه الصلاة والسلام « صدقتك على غير ذى رحمك صدقة وصدقتك على ذى رحمك صدقة وصلة » ولقوله عليه الصلاة والسلام « انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل فعليها يقسم على قدر ارثهم جزم به فى الفروع وغيره قال القاضى فللبنت مع الابن الثلث وله الباقى والأخ من الام مع الأخ للأب السدس وله ما بقى وإن كان أخ وجد قاسمه وإن كان أخ وعم انفرد به الأخ وإن كان عم وابن عم انفرد به العم . وقال الحارثى وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب فى حال دون حال وتفضيل لبعض على بعض ولو وقف على أقاربه لما قالوا فيه بهذا التخصيص والتفضيل وكذا لو وقف على أولاده أو أولاد زيد لايفضل فيه الذكر على الانثى وقد قالوا هنا انما ينتقل إلى الاقارب وقفا انتهى فظاهر كلامه انه مال إلى عدم المفاضلة وما هو ببعيد قاله صاحب الانصاف قال فى الفائق وعنه فى أقاربه ذكرهم وأنثاهم بالسوية ويختص به الوارث انتهى

أو قال وقفت وسكت[1] انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف وقفا عليهم فى إحدى الروايتين . والاخرى إلى أقرب عصبته[2] وهل

---

(١) قوله « وكذا إذا وقف على من يجوز ، الوقف عليه كاولاده ، ثم على من لايجوز أو وقفه وسكت ، فانه يصرف إلى ورثة الواقف نسبا حين الانقراض

[فائدتان] إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها فى حياة الواقف بان وقف على أولاده أو أولاد زيد فقط فانقرضوا فى حياته رجع الوقف إلى الواقف وقفا عليه ولو وقف على أولاده وأنسالهم على أنه من توفى منهم من غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفى أحد أولاد الواقف من غير ولد والأب الواقف حى فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا ؟ تخرج على ماقبلها

(الثانية) للوقف صفات : إحداها متصل الابتداء والوسط والانتهاء . الثانية منقطع الابتداء متصل الانتهاء . الثالثة متصل الابتداء متقطع الانتهاء عكس الذى قبله . الرابعة متصل الابتداء والانتهاء منقطع الوسط . الخامسة عكس الذى قبله منقطع الطرفين صحيح الوسط وامثلتها واضحة وكلها صحيحة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . السادسة منقطع الأول والوسط والآخر مثل أن يقف على من لا يصح الوقف عليه ويسكت أو يذكر مالا يصح الوقف عليه أيضاً فهذا باطل بلا نزاع بين الاصحاب فالصفة الأولى هى الأصل فى كلام المصنف وغيره . والصفة الثانية تؤخذ من كلام المصنف حيث قال وكان كالو وقف على من لايجوز ثم على من يجوز . والصفة الثالثة تؤخذ من كلامه أيضاً حيث قال وأن وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مالا أو على من يجوز ثم على من لايجوز . والرابعة والخامسة لم يذكرهما المصنف لكن الحكم واحد

(٢) قوله « والأخرى الى أقرب عصبته » أى لأنهم أقاربه وأولى الناس ببره لقوله عليه الصلاة والسلام « ابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » رواه النسائى ، فعلى الروايتين يكون وقفا على الصحيح من المذهب لأن الملك زال بالوقف فلا يعود ملكا نص عليه وعنه يكون ملكا قال فى الفائق وقيل يكون ملكا اختاره الخرقى قال فى المغنى ويحتمله كلام الخرقى قال فى الفائق وقال ابن أبى موسى إن رجع إلى الورثة كان ملكا بخلاف العصبة قال الشيخ تقى الدين وهذا أصح وأشبه بكلام أحمد قال فى الشرح وقال شيخنا ولا يقوى عندى رجوعه ==

يختص به فقراؤهم ؟ على وجهين . وقال القاضي في موضع يكون وقفا على المساكين ، وان قال وقفته سنة لم يصح[1] ويحتمل أن يصح ويصرف بعدها مصرف المنقطع، ولا يشترط اخراج الوقف عن يده في احدى الروايتين[2].

فصل

ويملك الموقوف عليه الوقف[3] . وعنه لا يملكه ويملك صوفه ولبنه

= اليهم فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لايكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولا الوالى لأن علته لاتحقق ههنا ، وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين وهو رواية ثالثة عن أحمد واختارها جماعة من الأصحاب لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف الى الفقراء والمساكين وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجارى عليه على وجه الدوام وهذا الصحيح من المذهب

على قوله « على وجهين » المذهب عدم الاختصاص

(١) قوله « وان قال وقفته سنة لم يصح » هذا المذهب وكذا إذا قال إلى قدوم الحاج لان مقتضاه التأبيد ، والتأقيت ينافيه

[فائدة] لو وقفه على ولده سنة ثم على زيد سنة ثم على عمرو سنة ثم على المساكين صح لاتصاله ابتداء وانتهاء ، وكذا لو قال وقفته على ولدى مدة حياتى ثم على زيد ثم على المساكين صح ، ولو قال وقفته على الفقراء ثم على أولادى صح للفقراء فقط ويلغى الأولاد لان الفقراء لا انقراض لهم

(٢) قوله « ولا يشترط الخ » أى لا يشترط لزومه بل يلزم بمجرد اللفظ وهذا المذهب لحديث عمر السابق

(٣) قوله « ويملك الموقوف عليه الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب . وهذا من مفردات المذهب ، هذا إذا كان الموقوف عليه آدميا معينا أو جمعا محصورا لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة فملكه المنتقل إليه كالهبة وفارق العتق من حيث أنه إخراج عن حكم المالية ، ولأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ، وعنه ملك لله ، وعنه للواقف

وثمرته ونفعه . وليس له وطء الجارية فان فعل فلا حد عليه ولا مهر[1]، وان أتت بولد فهو حر وعليه قيمته يشترى بها ما يقوم مقامه[2]وتصير أم ولده تعتق بموته وتجب قيمتها فى تركته[3] ويشترى بها مثلها تكون وقفا . وان وطئها أجنبى بشبهة فأتت بولد فالولد حر وعليه المهر لأهل الوقف وقيمة الولد[4] وان تلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلهما[5] ويحتمل أن يملك قيمة

---

(١) قوله « وليس له وطء الجارية الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وهذا من فوائد الخلاف على القول بالملك فلا يجب عليه حد للشبهة ولا مهر لأنه لو وجب عليه لوجب له ولا يجب للانسان شئ على نفسه

(٢) قوله « وان أتت بولد الخ » هذا المذهب أى لان الولد من وطء شبهة واوجبها على الواطئ قيمته لانه فوت رقه ولأن القيمة بدل عن الوقف فوجب أن ترد فى مثله وهذا من فوائد الخلاف إن قلنا هى ملك وان قلنا لا يملكها لم تصر أم ولد وهى وقف بحالها

(٣) قوله « وتجب قيمتها الخ » هذا المذهب أى تعتق بموته كسائر أمهات الأولاد وتجب قيمتها فى تركته لأنه أتلفها على من بعده من البطون

[فائدة] للموقوف عليه تملك زرع غاصب الأرض الموقوفة إذا زرعها بالنفقة حيث يتملك رب الأرض يعنى إذا قلنا بالملك وإلا فهو كالمستأجر

(٤) قوله « وإذا وطىء الأمة الخ » أى إذا وطئها غير الموقوف عليه ولو عبدا بشبهة يظنها حرة أو أمته فالولد حر لاعتقاد الواطئ الاباحة وحريته وعليه المهر لأهل الوقف لأن منفعة البضع لهم والمهر بدلها وعلى الواطئ قيمة الولد يوم وضعه تصرف فى مثله لانها بدل عن الوقف فوجب أن ترد فى مثله . وان وطئها الواقف وجب المهر للموقوف عليه كيف كان ووجب الحد والولد رقيق مالم يقل ببقاء ملكه ذكره الحارثى ، قال فى شرح الإقناع قلت الظاهر عدم وجوب الحد لشبهة الخلاف فى بقاء ملكه فاما ان كان ولد الموقوفة من زوج أو زنا فهو وقف معها تبعا لأمه

(٥) قوله « وان تلفت الخ » أى تلفت بالوطء وكذا لو أتلفها متلف ولو من أهل الوقف أو أتلف بعضها كقطع طرف وإذهاب منفعة فعليه القيمة ان أتلفها =

الولد ههنا ولا يلزمه قيمته أن أولدها . وله تزويج الجارية[1] وأخذ مهرها وولدها وقف معها[2] ويحتمل أن يملكه ، وان جنى الوقف خطأ فالارش على الموقوف عليه[3] ويحتمل أن يكون فى كسبه . واذا وقف على ثلاثة ثم

= وإن أتلف بعضها فعلى ما يأتى تفصيله فى الجنايات ان شاء الله تعالى ، ويشترى بقيمتها مثلها لانها بدل منها أو يشترى بها شقص من رقيق ان لم يمكن شراؤه كله ، وان قتل رقيق موقوف عبدا كان أو أمة ولو كان القتل عمدا فليس للموقوف عليه العفو مجانا وليس له القود لانه لا يختص بالموقوف فهو كعبد مشترك بل يشترى بقيمة الموقوف إذا قتل بدله أى مثله قال الحارثى اعتبار المثلية فى البدل المشترى يعنى وجــوب الذكر فى الذكر والأنثى فى الأنثى والكبير فى الكبير وسائر الأوصاف التى تتفاوت الأعيان بتفاوتها ، لاسيما الصناعة المقصودة فى الوقف ، والدليل على الاعتبار أن الغرض جبران ما فات ولا يحصل بدون ذلك

(١) قوله « وله تزويج الجارية » يعنى إذا قلنا بملكه الموقوف عليه وهذا من فوائد الخلاف ، وعلى الرواية الثانية يزوجها الحاكم ، وعلى الثالثة يزوجها الواقف لكن إذا زوج الحاكم اشترط اذن الموقوف عليه وكذا الواقف

(٢) قوله « وولدها وقف معها » هذا المذهب أن يملكه الموقوف عليه وهو اختيار أبى الخطاب قال الحارثى وهذا أشبه بالصواب

(٣) قوله « وان جنى الخ » هذا من فوائد الخلاف يعنى إذا قلنا انه يملك وعلى الثانية تكون جنايته فى كسبه على الصحيح وقيل فى بيت المال وقيل لا يلزم الموقوف عليه الأرش على القولين

(تنبيه) هذا إذا كان الموقوف عليه معينا أما ان كان غير معين فقال فى المغنى ينبغى أن يكون فى كسبه لأنه ليس له مستحق معين ولا يمكن تعلقها برقبته ، قال ويحتمل أن تجب فى بيت المال

(تنبيه) حيث أوجبنا الفداء فهو أقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية

(تنبيه) فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ذكرها المصنف . ومنها لو كان الموقوف ماشية لم تجب زكاتها على الثانية والثالثة وتجب على الموقوف عليه على الأولى على ظاهر كلام أحمد وهى المذهب ، وقيل لا تجب مطلقا لضعف الملك ، فاما =

على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى الآخرين (١)

= الشجر الموقوف فتجب الزكاة فى ثمره على الموقوف عليه وجها واحدا . ومنها النظر للموقوف عليه إن قلنا يملكه ملك النظر عليه على ما يأتى فينظر فيه مطلقا أو وليه إن لم يكن أهلا ، وعلى الثانية يكون النظر للحاكم ، وعلى الثالثة للواقف . ومنها هل يستحق الشفعة بشركة الوقف؟ فيه طريقان أحدهما البناء فان قيل يملكه استحق به الشفعة وإلا فلا . قلت وقد تقدم فى باب الشفعة عند قول المصنف « ولا شفعة بشركة الوقف » أن المذهب عدم الاستحقاق . ومنها نفقة الحيوان فتجب حيث شرطت ومع عدم الشرط تجب فى كسبه ومع عدمه تجب على من الملك له . ومنها لا يجوز للموقوف عليه ان يتزوج الأمة الموقوفة عليه على الأولى ، ويجوز على الثانية والثالثة ، فعلى الأولى لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح لوجود الملك . ومنها لو سرق الوقف أو نماءه فعلى الاولى يقطع وهو المذهب إذا كان على معين ولا شبهة للسارق وقيل لا وإن قلنا لا يملكه لم يقطع على الصحيح من المذهب . ومنها وجوب إخراج الفطرة على الموقوف عليه على الأولى على الصحيح

(١) قوله « وان وقف على ثلاثة الخ » أى كزيد وعمرو وبكر وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه الموقوف عليه أولا وعوده الى المساكين مشروط بانقراضهم إذ استحقاق المساكين مرتب بثم ، ولو وقف على ثلاثة ولم يذكر له مآلا فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع كما لو ماتوا جميعا قاله الحارثى قال وعلى ما فى الكتاب أى المقنع يصرف الى من بقى وقطع به فى القواعد قال فى المبدع وهو أظهر قال فى التنقيح وهو أقوى وجزم به فى المنتهى . وان قال : وقفته على أولادى ثم على أولادهم ثم على الفقراء فالصحيح من المذهب أن هذا ترتيب جملة على مثلها لا يستحق البطن الثانى شيئا قبل انقراض الأول ، وقيل ترتيب أفراد فيستحق الولد نصيب أبيه بعد موته فهو من ترتيب الافراد بين كل شخص وابيه اختاره الشيخ تقى الدين وصاحب الفائق . قال الشيخ تقى الدين فعلى هذا الاظهر استحقاق الولد وان لم يستحق أبوه شيئا ، وقال أيضاً فيمن وقف على ولديه نصفين ثم أولادهما وأولاد أولادهما وعقبهما بعدهما بطنا بعد بطن أنه ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ثم ولد ولده ، وقال من ظن ان الوقف كالإرث فان لم يكن أبوه أخذ شيئا لم يأخذ هو فلم يقله أحد من الأئمة ولم يدر ما يقول ولهذا لو انتفت الشروط فى الطبقة الأولى أو بعضهم لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم اجماعا ولا فرق . انتهى

فصـــل

ويرجع إلى شرط الواقف (١) فى قسمه على الموقوف عليه وفى التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل واخراج من شاء بصفة وادخاله بصفة وفى الناظر فيه والانفاق عليه وسائر أحواله (٢) فان لم يشترط ناظرا

[فائدة] لو وقف على أولاده وأولاد أولاده اشتركوا حالا ولو قال فيه على أنه من توفى من غير ولد فنصيبه لذوى طبقته كان للاشتراك أيضاً فى أحد الوجهين قال فى الانصاف وهو أولى ، ولو رتب بقوله الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو البطن الأول ثم الثانى فهذا ترتيب جملة على مثلها لا يستحق البطن الثانى شيئا قبل انقراض الأول . ولو قال ثم على أنسالهم وأعقابهم فهل يستحقه أهل العقب مرتبا أو مشركا ؟ فيه وجهان ، قال فى الانصاف الصواب الترتيب

(١) قوله « ويرجع إلى شرط الواقف الخ » أى لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسى فلا شئ له ومن اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شئ له وكذلك ان وقف على أولاده عـــلى أن للأنثى سهما وللذكر سهمين أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحدا معينا أو ولده وما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير رضى الله عنه جعل دوره صدقة على بنيه لاتباع ولا توهب وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بهـا فان استغنت بزوج فلا حق لها ، وكل هذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه خلافا

(٢) قوله « ويرجع إلى شرط الواقف الخ » قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى كل متصرف بولاية إذا قيل يفعل مايشاء فانما هو إذا كان فعله لمصلحة شرعية حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه أو مايراه مطلقا فشرطه باطل على الصحيح المشهور أى لمخالفته الشرع . قال وعلى الناظر بيان المصلحة ، أى التثبت والتحرى فيها . فيعمل بما ظهر ، أى بما ظهر له أنه مصلحة . ومع الاشتباه إن كان أى الناظر عالما عادلا ساغ له اجتهاده . وقال لو شرط الصلوات الخمس على أهل مدرسة فى القدس كان الأفضل لأهلهـا أن يصلوا فى الأقصى ولا يقف استحقاقهم على الصلاة فى=

= المدرسة وكان يفتي به ابن عبد السلام وغيره انتهى . وقال إذا شرط فى استحقاق ريع الوقف العزوبة فالمتأهل أحق من المتعزب إذا استويا فى سائر الصفات . وقال إذا وقف على الفقراء فاقارب الواقف الفقراء أحق من الفقراء الأجانب مع التساوى فى الحاجة وإذا قدر وجود فقير مضطر كان دفع ضرورته واجبا وإذا لم تندفع ضرورته الا بتنقيص كفاية أقارب الواقف من غير ضرورة تحصل لهم كان ذلك واجبا وتعين . وقال قول الفقهاء نصوص الواقف كنصوص الشارع يعنى فى الفهم والدلالة لا فى وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه أى الواقف ولفظ الموصى والحالف والناذر وكل عاقد تحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أولا . قال والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض الى الإخلال بالمقصود الشرعى ، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود الشرعى بها . قال ومن شرط فى قربات أن يقدم فيها الصنف المفضول فقد شرط خلاف شرط الله كشرطه فى الإمامة تقديم غير الأعلم . قال ولا يجوز أن ينزل فاسق فى جهة دينية كمدرسة وغيرها مطلقا سواء شرطه الواقف أو لا لأنه يجب الانكار وعقوبته فكيف ينزل . وقال أيضاً إن نزل مستحق تنزيلا شرعيا لم يجز صرفه عما نزل فيه بلا موجب شرعى لانه نقض للاجتهاد بالاجتهاد . وقال فى واقف وقف مدرسة وشرط أن لايصرف ريعها لمن له وظيفة بجامكية ولا مرتب فى جهة أخرى أى جامكية فى مكان آخر ان لم يكن فى الشرط مقصود شرعى خالص أو راجح كان باطلا كما لو شرط عليهم نوعا من المطعم والملبس والمسكن الذى لم تستحبه الشريعة ولا يمنعهم الناظر من تناول كفايتهم من جهة أخرى هم مرتبون فيها ، وليس هذا إبطالا للشرط لكنه ترك للعمل به انتهى . وقال الحارثى الشرط المبـــاح الذى لا يظهر قصد القربة منه هل يجب اعتباره ؟ ظاهر كلام الأصحاب والمعروف عن المذهب الوجوب وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم واستدل له ، وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لو حكم حاكم بمحضر لوقف فيه شروط ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت أى فيه ماينافى المحضر المذكور وجب ثبوته والعمل به إن أمكن إثباته . وقال أيضاً لو أقر الموقوف عليه أنه لا يستحق فى هذا الوقف إلا مقداراً معلوما ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر مما قال حكم له بمقتضى شرط الواقف ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم انتهى . أى لأنه معذور بعدم علمه اياه وقوله ثم ظهر شرط الواقف الخ يفهم منه أنه لوكان عالما بشرط الواقف وأقر =

= بأنه لا يستحق إلا كذا يؤاخذ باقراره لأنه لاعذر له فان انتقل استحقاقه بعده لولده مثلا فله الطلب بما فى شرط الواقف من حين الانتقال إليـــه لأن اقراره لايسرى على ولده وذكر التاج السبكى فى كتاب الاشباه والنظائر الصواب أنه لا يؤاخذ سواء علم شرط الواقف وكذب فى اقراره أم لم يعلم فان ثبوت هذا الحق لاينتقل بكذبه انتهى . قال ابن نصر الله ومما يؤيده أن شرط صحة الإقرار كون المقر يملك نقل الملك فى العين التى يقر بها ومستحق الوقف لا يملك ذلك فى الوقف فلا يملك الاقرار به ولا يملك نقل الملك فى ريعه إلا بعـــد حصوله فى يده فلا يملك الإقرار به قبل قبضه أو جواز بيعه ولا يصح منه ولو صح منه الإقرار بالريع قبل ملك المستحق له لاتخذ ذلك وسيلة إلى ايجاره مدة مجهولة بأن يأخذ المستحق عوضا من شخص عن ريعه أو عن رقبته ويقر له به فيستحقه مدة حياة المقر أو مدة استحقاق المقر فلا يجوز اعتبار اقرار المستحق بالوقف ولا ريعه إلا بشرط ملكه للريع . ولم أزل بهذا قديما وحديثا من غير أن أكون قد وقفت على كلام تاج الدين ولا رأيت فيه كلاماً لغيره ولكنى قلته تفقها ولا أظن لمن له نظر تام فى الفقه يقول بخلاف ذلك . والله أعلم

[فوائد] لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة تخصصت وكذلك الرباط والخانقاه والمقبرة كذلك وهذا المذهب ، وأما المسجد فان عين لإمامته شخصا تعين وان خصص الإمامة بمذهب تخصصت به مالم يكن فى شئ من أحكام الصلاة مخالفا لصريح السنة أو ظاهرها سواء كان لعدم الاطلاع أو لتأويل ضعيف وان خصص المصلين فيه بمذهب فالصحيح عدم الاختصاص

(الثانية) يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة وقال الشيخ تقى الدين يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه وان اختلف ذلك باختلاف الزمان حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند

(الثالثة) إذا شرط الواقف لناظره أجرة فكلفته عليه حتى يبقى أجرة مثله على الصحيح من المذهب نص عليه وقال المصنف ومن تبعه كلفته من غلة الوقف قيل للشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : فله العادة بلا شرط ؟ فقال : ليس له إلا ما يقابل عمله

فالنظر للموقوف عليه وقيل للحاكم[١] وينفق عليه من غلته[٢] وان وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والاناث بالتسوية[٣] ولا يدخل فيه ولد البنات[٤]. وهل يدخل فيه ولد البنين ؟ على روايتين[٥]. وان وقف على عقبه أو

(الرابعة) لو شرط الواقف ناظرا ومدرساً ومعيدا وإماما فهل يجوز لشخص أن يقوم بالوظائف كلها وتنحصر فيه ؟ صرح القاضى فى خلافه الكبير بعدم الجواز وهو المذهب ، وقال الشيخ تقى الدين فى الفتاوى المصرية وان أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد فعل

(١) قوله « فان لم يشترط ناظرا الخ » هذا المذهب بشرطه هذا إذا كان الموقوف عليه معينا أو جمعا محصورا ، فاما ان كان الموقوف عليهم غير محصورين كالفقراء والمساكين أو على مسجد ونحوه فالنظر للحاكم قولا واحدا

(٢) قوله « وينفق عليه من غلته » مراده إذا لم يعين الواقف النفقة من غيره وكذلك عمارة الوقف قياسا على الغلة وتقدم عمارته على أرباب الوظائف وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : الجمع بينهما حسب الامكان أولى ، بل قد يجب

(٣) قوله « وان وقف على أولاده الخ » نص عليه ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو قال على ولد فلان ، لكن لو حدث للواقف ولد بعد وقفه فى دخوله روايتان إحداهما يدخل اختاره ابن أبى موسى وأفتى به ابن الزاغونى وهو ظاهر كلام القاضى وابن عقيل

(٤) قوله « ولا يدخل فيه ولد البنات » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف والشارح لا يدخلون بغير خلاف لأنهم من رجل آخر ، ووجه ذلك أن الله تعالى لما قال ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ دخل فيه ولد البنين وان سفلوا فالمطلق من كلام الآدمى إذا خلا عن قرينة ينبغى أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به

(٥) قوله « وهل يدخل فيه ولد البنين الخ » ظاهر كلامه أنهم سواء كانوا موجودين حالة الوقف أو لا ولا شك أن الخلاف جار فيهم إحداهما يدخلون مطلقا وهو المذهب نص عليه لكن لا يستحقون إلا بعد آبائهم مرتبا على الصحيح من المذهب كقوله بطنا بعد بطن

ولد ولده أو ذريته دخل فيه ولد البنين ونقل عنه لايدخل فيه ولد البنات(١) ونقل عنه فى الوصية يدخلون فيه وذهب اليه بعض أصحابنا وهذا مثله. وقال أبو بكر وابن حامد رحمهما الله تعالى يدخلون فى الوقف الا أن يقول على ولد ولدى لصلبي فلا يدخلون، وان وقف على بنيه أو بنى فلان فهو للذكور خاصة(٢)

على قوله «دخل فيه ولد البنين» بلا نزاع

(١) قوله «ونقل عنه لايدخل فيه ولد البنات» إذا وقف على ولد ولده أو قال على أولاد أولادي وان سفلوا فنص أحمد أن أولاد البنات لايدخلون وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال فى الفائق اختاره القاضى وابن عقيل والشيخان يعني بهما المصنف والشيخ تقي الدين، وبه قال مالك ومحمد بن الحسن فأما ان قال لولد ولدى لصلبي لم يدخلوا وجها واحدا

(تنبيه) محل الخلاف مع عدم القرينة، أما ان كان معه ما يقتضى الإخراج فلا دخول بلا خلاف، وكذا ان كان فى اللفظ مايقتضى الدخول فانهم يدخلون بلا خلاف قاله الأصحاب

على قوله «وقال أبو بكر وابن حامد يدخلون فى الوقف» وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا فى اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى ﴿ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود ـ إلى قوله ـ وعيسى﴾ وهو ولد بنت فجعله من ذريته، ولما قال تعالى ﴿وحلائل أبنائكم﴾ دخل فى التحريم حلائل أبناء البنات، وقال ﷺ للحسن «ان ابني هذا سيد» وهذا أصح وأقوى دليلا قاله الشارح وصححه الناظم واختاره أبو الخطاب فى الهداية فى الوصية وصاحب الفائق وجزم به فى منتخب الأدمى

(٢) قوله «وان وقف على بنيه الخ» هذا بلا نزاع فى المذهب إذا لم يكونوا قبيلة وهو قول الجمهور لأن لفظ البنين وضع حقيقة لقوله تعالى ﴿اصطفى البنات على البنين﴾ و﴿زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين﴾ و﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾ ولا يدخل فيه الخنثى لأنه لايعلم كونه ذكرا، وعكسه لو وقف على بناته اختص بهن ولا شئ للذكور ولا للخناثى لأنه لايعلم كونه ابنا لا نعلم فيه خلافا

إلا أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء[1] دون أولادهن من غيرهم وان وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكر والانثى من أولاده وأولاد أبيه وجد أبيه لان النبي ﷺ لم يتجاوز بسهم ذوى القربى بنى هاشم[2]. وعنه ان

على قوله « إلا أن يكونوا قبيلة » كبنى هاشم وبنى تميم

(١) قوله « إلا أن يكونوا قبيلة الخ » لقوله تعالى ﴿ ولقد كرمنا بنى آدم ﴾ ولأن اسم القبيلة يشمل ذكرها والانثى

(٢) قوله « وان وقف على قرابته الخ » لقوله تعالى ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله والرسول ولذى القربى ﴾ فأعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ولم يعط من هو أبعد كبنى عبد شمس وبنى نوفل شيئا لا يقال هما كبنى المطلب لأنه علل عليه الصلاة والسلام بانهم لم يفارقوا فى جاهلية ولا اسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئا وجعل هاشما الأب الرابع ولا يتصور أن يكون رابعا إلا أن نعد النبي ﷺ أبا فعلى المذهب يستوى فيه الذكر والأنثى والكبير والصغير والقريب والبعيد والغنى والفقير لشمول اللفظ لهم لكن بشرط أن يكون مسلماً لأن الكافر لم يدخل فى المستحق من قربى النبي ﷺ وعنه يختص بولده وقرابة أبيه وان علا مطلقا اختاره الحارثى وقدمه فى المحرر والنظم قال المصنف والشارح فعلى هذه الرواية يعطى من يعرف بقرابة أبيه وأمه الذين ينتسبون الى الأب الأدنى انتهى. ومثاله لو وقف على أقارب المصنف ـ وهو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر ـ فالمستحقون هم المنتسبون الى قدامة لأنه الأب الذى اشتهر انتساب المصنف اليه ، وعنه يختص بثلاثة آباء فقط فعليها لا يعطى الولد شيئا، وفى الكافى احتمال بدخول كل من عرف من قرابته من جهة أبيه وأمه من غير تقييد بأربعة آباء . ونحوه فى المغنى والشرح وكذلك القاضى فى المجرد ، قال الحارثى : وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

[فوائد] الوصية كالوقف فى هذه المسائل كما قال المصنف بعد ذلك

(الثانية) لفظ النسل كلفظ العقب والذرية فى افادة ولد الولد قريبهم وبعيدهم وكذا دخول ولد البنات وعدمه عند أكثر الأصحاب

كان يصل قرابته من قبل أمه فى حياته صرف اليهم وإلا فلا ، وأهل بيته بمنزلة قرابته[١] ، وقال الخرقى يعطى من قبل أبيه وأمه[٢]، وقومه ونسباؤه كقرابته[٣]. والعترة هم العشيرة[٤]، وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والامهات[٥].والايامى والعزاب من لازوج له من الرجال والنساء ، ويحتمل

(الثالثة) لو قال على بنى بنى أو بنى بنى فلان فكاولاد أولادى وأولاد أولاد فلان ، وأما ولد البنات فقال الحارثى ظاهر كلام الأصحاب انهم لايدخلون مطلقا

(الرابعة) الحفيد يقع على ولد الابن والبنت ، وكذا السبط ولد الابن والبنت

(١) قوله « وأهل بيته الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تحل الصدقة لى ولا لأهل بيتى » فجعل سهم ذوى القربى عوضا لهم من الصدقة التى حرمت عليهم فكان ذوى القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وهم آل على وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس ، وعنه أزواجه من أهل بيته ومن أهله ذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال : وفى دخولهن فى آله وأهل بيته روايتان أصحهما دخولهن

(٢) قوله « وقال الخرقى الخ » أى لأن أمه من أهل بيته فكذا أقاربها من أولادها وأبويها وأخويها واخواتها

(٣) قوله « وقومه الخ » هذا المذهب نص عليه لأن قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه وقيل هم كذوى رحمه ، وقيل قومه كقرابته ونسباؤه كذوى رحمه اختاره جماعة من الأصحاب

(٤) قوله « والعترة الخ » هذا المذهب قال المصنف والشارح العترة العشيرة الأدنون فى عرف الناس وولده الذكور والأناث وان سفلوا وصححاه وبذلك فسره ابن قتيبة لقول أبى بكر رضى الله عنه وأرضاه فى محفل من الصحابة رضى الله عنهم : نحن عترة رسول الله ﷺ . وقيل العترة الذرية قدمه فى النظم واختاره المجد ، وقيل ذوو قرابته

(٥) قوله « وذوو رحمه الخ » هذا المذهب وكذا الأولاد لأن الرحم يشملهم وهى فى القرابة من جهة الأم أكثر استعمالا فاذا لم يجعل ذلك مرجحا فلا يجعل مانعا

أن يختص الايامى بالنساء والعزاب بالرجال . فأما الارامل فهن النساء اللاتى فارقهن أزواجهن ، وقيل هو للرجال والنساء ، وان وقف على أهل قريته أو قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه[١]، وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل وان كان الواقف كافرا . وان وقف على مواليه وله موال من فوق ومن أسفل تناول جميعهم[٢]، وقال ابن حامد يختص الموالى من فوق ، واذا وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم[٣] والاجاز

---

(١) قوله « وان وقف على أهل قريته الخ » وكذا لو وصى لهم وهذا المذهب وكذا لو وقف على إخوته ونحوهم لم يدخل فيهم من يخالف دينه وقال الشافعى يدخل فيه الكفار ولنا قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلما ولان الظاهر من حال الواقف أنه لم يرد من يخالف دينه لما بينهما من المعاداة فيكون ذلك قرينة . فعلى هذا لو كان الواقف مسلما لم يدخل الكافر وكذا عكسه فان صرح بهم دخلوا وكذا ان وجدت قرينة دالة على ارادتهم فلو كان أهل القرية أو الأقارب كلهم كفارا دخلوا لأن اخراجهم يؤدى إلى رفع اللفظ بالكلية فان كان فيهم مسلم واحد والباقى كفار دخلوا أيضا لأن اخراجهم بالتخصيص بعيد وان كان الاكثر كفارا فهو للمسلمين حتى يصرح بدخولهم نص عليه ، وقيل يدخل الكفار

(تنبيه) شمل قوله لم يدخل فيهم من يخالف دينه لو كان فيهم كافر على غير دين الواقف فلا يدخل ولا يستحق شيئا ولو قلنا بدخول المسلم إذا كان الواقف كافرا ويحتمل أن يدخل بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم

(٢) قوله « وان وقف على مواليه الخ » هذا الصحيح من المذهب ويستوون فيه لأن الاسم يشملهم

(٣) قوله « وإذا وقف على جماعة الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به لأن اللفظ يقتضى ذلك وقد أمكن الوفاء به فوجب العمل بمقتضاه أشبه ما لو أقر لهم وقوله تعالى ﴿ فهم شركاء فى الثلث ﴾ يوضحه . وقال فى الفائق ويحتمل جواز المفاضلة فيما يقصد فيه تمييز كالوقف على الفقهاء قال فى الانصاف : وهذا أقرب إلى الصواب قال الحارثى والأولى جواز التفضيل للحاجة فيما قصد به سد الخلة كالوقف على فقراء أهله ، وعنه فيمن أوصى فى فقراء مكة ينظر أحوجهم ومحل هذا إذا لم يكن قرينة فان كان قرينة جاز التفاضل

تفضيل بعضهم على بعض والاقتصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة ، فان كانوا من أهل الزكاة لم يدفع إلى واحد منهم أكثر من القدر الذى يدفع اليه من الزكاة إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة ، والوصية كالوقف فى هذا الفصل (١)

فصـــل

والوقف عقد لازم لايجوز فسخه بإقالة ولا غيرها (٢) ، ولا يجوز بيعه

[فائدة] لو كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كوقف على رضى الله عنه على ولده ونسله فانه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم

على قوله « والاقتصار على واحد منهم » يعنى إذا لم يمكن حصرهم واستيعابهم كما لو وقف على أصناف الزكاة أو الفقراء أو المساكين وهذا الصحيح من المذهب

على قوله « إذا كان الوقف على صنفين من أصناف الزكاة » وهذا المذهب

(١) قوله « والوصية الخ » أى لأن مبناها على لفظ الموصى ، لكن الوصية أعم من الوقف على ما يأتى واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فيما إذا وقف على أقرب قرابته استواء الأخ من الأب والأخ من الابوين ذكره فى القاعدة العشرين بعد المائة وذكر فى القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة أن الشيخ تقى الدين اختار فيما إذا وقف على ولده دخول ولد الولد فى الوقف دون الوصية وفرق بينهما

(٢) قوله « والوقف الخ » هذا المذهب وعليـــه الأصحاب أى يلزم بمجرد القول لأنه تبرع يمنع البيع والهبة فلزم بمجرده كالعتق . وقال الشيخ تقى الدين إذا وقف فى صحته ثم ظهر عليه دين فهل يباع لوفاء الدين ، فيه خلاف فى مذهب أحمد وغيره ومنعه قوى قال جامع اختياراته : وظاهر كلام أبى العباس ولو كان الدين حادثا بعد الوقف انتهى . قال الشيخ تقى الدين وليس هذا بأبلغ من التدبير وقد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام باعه فى الدين ، وعنه لا يلزم إلا بالقبض واخراج الوقف عن يده اختاره أبو بكر وابن أبى موسى والحارثى وقال أبو حنيفة لايلزم الوقف بمجرده وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن على وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم

إلا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه فى مثله(١) وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد ، وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به فى موضعه ، وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها إلى مسجد

---

(١) قوله « ولا يجوز بيعه الخ » وكذا المناقلة به إلا أن تتعطل منافعه بالكلية كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا ولم يمكن عمارتها نقل على بن سعيد لايستبدل به ولا يبيعه إلا أن يكون بحال لاينتفع به ، ونقل أبو طالب لايغير عن حاله إلا أن لاينتفع منه بشىء ، ونقل مهنا أو ذهب أكثر نفعه ، وقال مالك والشافعى : لايجوز بيع شىء من ذلك لقول رسول الله ﷺ « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » ، ولنا ماروى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أن بيت المال الذى بالكوفة نقب أن « انقل المسجد الذى بالتمارين واجعل بيت المال فى قبلة المسجد فانه لن يزال فى المسجد مصل » وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان كالاجماع . وقولهم يباع أى يجوز بيعه ونقله ، وظاهر رواية الميمونى يجب لأن الولى يلزمه فعل المصلحة وقال الشيخ تقى الدين : مع الحاجة يجب بالمثل وبلا حاجة يجوز بخير منه وقال هو قياس الهدى وذكره وجها فى المناقلة وأومأ اليه أحمد رحمه الله تعالى . ونقل صالح نقل المسجد لمصلحة الناس وهو من المفردات واختاره صاحب الفائق وحكم به وعارضه جمال الدين المرداوى صاحب الانتصار وقال : حكمه باطل على قواعد المذهب وصنف فى ذلك مصنفا رد فيه عليه سماه « الواضح الجلى فى نقض حكم ابن قاضى الجبل الحنبلى » ووافقه صاحب الفروع على ذلك وصنف صاحب الفائق مصنفا فى جواز المناقلة للمصلحة سماه « المناقلة بالأوقاف ، وما فى ذلك من النزاع والخلاف » وأجاد فيه ووافقه جماعة فى عصره وكلهم تبع للشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى

على قوله « إلا أن تتعطل منافعه » « ولو بضيق المسجد عن أهله نص عليه وهو المذهب وقيل أو خوف تعطل منافعه قريبا قال فى الانصاف وهو قوى جداً

على قوله « فيباع ويصرف ثمنه فى مثله » « كذا فى المحرر والوجيز والفروع وقدمه الحارثى وقال هو المذهب ، وظاهر الخرقى أنه لا يتعين واقتصر عليه فى المغنى والشرح والزركشى وجماعة إذ القصد النفع لكن يتعين صرف المنفعة فى المصلحة التى كانت الأولى تصرف اليها

آخر ويجوز بيع بعض آلته وصرفها فى عمارته ، وما فضل من حصره وزيته جاز صرفه إلى مسجد آخر [١] والصدقة به على فقراء المسلمين، ولا يجوز غرس شجرة فى المسجد ، فان كانت مغروسة فيه جاز الأكل منها قال أبو الخطاب رحمه الله إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمنها، فان احتاج صرف ذلك فى عمارته

باب الهبة والعطية

وهى تمليك فى حياته بغير عوض [٢]،فان شرط فيها عوضا معلوما صارت بيعا [٣] ، وعنه يغلب فيها حكم الهبة [٤] . وان شرط ثوابا مجهولا

على قوله « لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر » اختاره أبو محمد الجوزى لأنه أقرب الى غرض الواقف

(١) قوله « وما فضل من حصره الخ » وعبارة الوجيز وما فضل عن حاجته وهى أولى جاز صرفه إلى مسجد آخر قال أحمد رحمه الله تعالى لأنه انتفاع فى جنس ما وقف له والصدقة به على فقراء المسلمين ونص عليه وهذا المذهب . وعنه يجوز صرفه فى مثله دون الصدقة به واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال يجوز أيضاً صرفه فى سائر المصالح

(٢) قوله « وهى تمليك الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب وقيل الهبة تقتضى عوضا ، وقيل مع عرف فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضى به حاجة فلم يف فكالشرط اختاره الشيخ تقى الدين فخرج بالأول ما ليس بتمليك كالعارية فانها اباحة وبالثانى الوصية وبالثالث عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمراد به ماله المعلوم الموجود ويعتبر أن يكون من جائز التصرف

(٣) قوله « فان شرط فيها عوضاً الخ » أى صح الشرط على المذهب وصار حكمها حكم البيع فى ثبوت الخيار والشفعة وغيرهما وهذا المذهب لأنه تمليك بعوض معلوم

(٤) قوله « وعنه يغلب الخ » أى لأنه وجد لفظها الصريح فكان المغلب فيها الهبة قال الحارثى هذا المذهب وهو الصحيح وهو متين جداً والأول ضعيف جداً انتهى قال القاضى ليست بيعاً وانما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض فعليها لا يثبت فيها أحكام البيع المختصة به

لم يصح[1] وعنه أنه قال يرضيه بشيء[2]. فعلى هذا ان لم يرض فله الرجوع فيها أو فى عوضها ان كانت تالفة . وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الايجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بمايدل عليها[3]، وتلزم بالقبض[4]، وعنه تلزم فى غير

---

(١) قوله « وان شرط ثواباً الخ » أى لم تصح الهبة وهو المذهب لأنه عوض غير معلوم فى معاوضة فلم يصح كالبيع وحينئذ حكمها حكم البيع الفاسد فيردها الموهوب له بزيادتها مطلقاً لأنه نماء ملك الواهب وان كانت تالفة رد قيمتها

(٢) قوله « وعنه أنه قال الخ » فعلى هذا يصح واليه ميل أبى الخطاب وصحح هذه الرواية فى الرعاية الصغرى قال فى الكبرى وهو الأولى وذكرها الشيخ تقى الدين ظاهر المذهب أى لأنها تصح بغير عوض فلأن تصح بعوض مجهول من باب أولى ، قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية محمد بن الحكم : هذا لك على أن تثيبنى فله أن يرجع إذا لم يثبه

[فائدة] لو ادعى شرط العوض فانكر المتهب أو قال وهبتنى هذا قال بل بعتكه فنى أيهما يقبل قوله وجهان احدهما يقبل قول المتهب جزم به فى الكافى فى المسئلة الأولى وقدمه الحارثى وصححه والوجه الثانى القول قول الواهب

على قوله « فله الرجوع فيها » * فيردها بزيادة ونقص نص عليه

على قوله « أو فى عوضها ان كانت تالفة » * أى فله قيمتها يوم التلف

(٣) قوله « وتحصل الهبة الخ » هذا المذهب لأنه عليه الصلاة والسلام كان يهدى ويهدى اليه ويعطى ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها ويفرقها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم ايجاب ولا قبول ولو كان شرطاً لنقل عنهم نقلا متواتراً أو مستمداً وكالبيع

[فائدة] يصح أن يهبه شيئاً ويستثنى نفعه مدة معلومة

(٤) قوله « وتلزم بالقبض » وهذا إحدى الروايتين وهى المذهب مطلقاً لما روى مالك عن عائشة رضى الله عنها أن أبا بكر رضى الله عنه وأرضاه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يا بنيه كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ولو كنت حزتيه أو قبضتيه كان لك فانما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله . وروى ابن عيينة عن عمر رضى الله عنه نحوه ولم يعرف لهما فى الصحابة مخالف

المكيل والموزون بمجرد الهبة[١]. ولا يصح القبض إلا باذن الواهب[٢] إلا ما كان فى يد المتهب فيكفى مضى زمن يتأتى فيه قبضه[٣]، وعنه لا يصح حتى يأذن فى القبض. وان مات الواهب قام وارثه مقامه فى الاذن والرجوع[٤]

على قوله «وتلزم بالقبض» وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد العقد مطلقاً

(١) قوله «وعنه تلزم الخ» أى إذا كان متميزاً فانه يلزم بمجرد العقد اختاره الاكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «العائد فى هبته كالكلب يقيء ثم يعود فى قيئه» ولأنه ازالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق. وعنه لايلزم إلا بإذن الواهب فى القبض

على قوله «فى غير المكيل والموزون» وكذا المعدود والمذروع

(٢) قوله «ولا يصح القبض الخ» يعنى إذا قلنا ان الهبة لاتلزم إلا بالقبض وهذا المذهب بشرطه الآتى لأنه قبض غير مستحق عليه

(٣) قوله «إلا ما كان الخ» هذا إحدى الروايات واختارها القاضى وأبو الخطاب وغيرهما وعنه ما كان فى يد المتهب يلزم بالعقد وهو المذهب قال الشارح هذا الصحيح إن شاء الله تعالى لأن قبضه مستدام فاغنى عن الابتداء وصفة القبض هنا كقبض البيع

على قوله «يتأتى قبضه فيه» وان كان الموهوب له طفلا أو مجنوناً لم يصح قبضه ولا قبوله لأنه من غير أهل التصرف ويقبض له أبوه ان كان أميناً وان لم يكن فوليه وهذا مذهب الشافعى فان وهب الأب لولده الصغير شيئاً قام مقامه فى القبض والقبول وذكره ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه لأن الهبة تامة وممن قال به مالك والشافعى وأصحاب الرأى

(٤) قوله «وان مات الواهب الخ» هذا المذهب لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالمبيع فى مدة الخيار، وقال القاضى تبطل وجزم به فى المغنى والشرح والنظم والفائق سواء كان قبل الإذن فى القبض أو بعده لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين

[فوائد] لو وهب لغائب هبة وأنفذها مع ولى الموهوب له أو وكيله ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل وصولها لزم حكمها وكانت للموهوب له لأن =

وان أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برئت ذمته وإن رد ذلك ولم يقبله . وتصح هبة المشاع وكل مايجوز بيعه ، ولا تصح هبة

= قبض الرسول والوكيل كقبضه ، ولو أخذها الواهب مع رسول نفسه ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له أو مات الموهوب له بطلت وكانت للواهب ولورثته لعدم القبض وكذلك الحكم فى الهدية نص عليه

(الثانية) من صور البراءة من المجهول لو أبرأه من أحــدهما أو أبرأه أحدهما قاله الحلوانى والحارثى وقالا يصح ويؤخذ بالبيان كطلاقه وعتقه أحدهما قال فى الفروع يعنى ثم يقرع على المذهب

(الثالثة) لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أن لا شىء عليه فكان له عليه مائة ففى صحة البراءة وجهان صحح الناظم أن البراءة لا تصح قال الحارثى وهذا أظهر

(الرابعة) لا تصح هبة الدين لغير من هو فى ذمته على المذهب ويحتمل الصحة كالأعيان ذكره المصنف ومن بعده قال فى الفائق والمختار الصحة قال الحارثى وهو أصح وهو المنصوص فى رواية حرب وتقدم فى السلم

(الخامسة) لا تصح البراءة بشرط نص عليه فيمن قال ان متّ فأنت فى حل فان ضم التاء فقال إن متُّ فأنت فى حل فهو وصية

(السادسة) لا يصح الابراء من الدين قبل وجوبه ذكره الأصحاب وجزم جماعة بأنه تمليك ومنع بعضهم أنه استاط وأنه لايصح بلفظ الاسقاط وان سلمناه فكأنه ملكه إياه ثم سقط ومنع أيضاً أنه لا يعتبر قبوله ، وإن سلمناه فلأنه ليس مالا بالنسبة إلى من هو عليه وقال العفو عن دم العمد تمليك أيضا وفى صحيح مسلم أن أبا اليسر الصحابى قال لغريمه ان وجدت قضاء فاقض وإلا فأنت فى حل ، وأعلم به الوليد بن عبادة بن الصامت وابنه وهما تابعيان فلم ينكراه قال فى الفروع وهذا متجه واختاره شيخنا

على قوله « وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه » ولو قبل وجوبه خلافا للحلوانى وغيره

على قوله « أو وهب له أو أحله منه » أو أسقطه عنه أو تركه له أو ملكه أو تصدق به عليه أو عفا عنه

المجهول[١] ولا ما لا يقدر على تسليمه. ولا يجوز تعليقها على شرط[٢]، ولا شرط ما ينافي مقتضاها[٣] نحو أن لا يبيعها ولا يهبها، ولا توقيتها[٤] كقوله وهبتك هذا سنة إلا في العمرى وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها

على قوله « وان رد ذلك ولم يقبله » ، أي وكان المبرى والمبرأ يعلمان الدين وهذا المذهب لأنه اسقاط حق فلم يفتقر إلى القبول كالعتق والطلاق والشفعة

على قوله « وتصح هبة المشاع » ، هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب وبه قال مالك والشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يصح

(١) قوله « ولا تصح هبة المجهول » كالحمل في البطن واللبن في الضرع نص عليه لأنه تمليك فلم يصح كالبيع . وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : تصح هبة المجهول كقوله ما أخذت من مالي فهو لك أو من وجد شيئاً من مالي فهو له واختاره الحارثي

[فائدة] لو قال خذ من هذا الكيس ماشئت كان له أخذ ما فيه جميعاً ولو قال خذ من هذه الدراهم ماشئت لم يملك أخذها كلها لأن الكيس ظرف فاذا أخذ المظروف حسن أن يقول أخذت من الكيس ما فيه ولا يحسن أن يقول أخذت من الدراهم كلها

على قوله « ولا على ما لا يقدر على تسليمه » ، هذا المذهب واختار الشيخ تقي الدين صحة هبة المعدوم كالثمر واللبن بالسنة . قال واشتراط القدرة على التسليم هنا فيه نظر بخلاف البيع وهو قول أبي ثور لأنه تمليك بلا عوض

(٢) قوله « ولا يجوز تعليقها على شرط » هذا المذهب إلا ما استثناه لأنه تمليك لمعين في الحياة وذكر الحارثي جوازه واختاره الشيخ تقي الدين قاله في الفائق

(٣) قوله « ولا شرط الخ » هذا الشرط باطل بلا نزاع ، وكذا لو شرط أن يبيعها أو يهبها أو يهب فلاناً شيئاً ، لكن هل تصح الهبة أم لا ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع على ماتقدم

(٤) قوله « ولا توقيتها الخ » هذا المذهب لأنه تعليق لانتهاء الهبة إلا ما استثناه المصنف وذكر الحارثي الجواز اختاره الشيخ تقي الدين

أو جعلتها لك عمرك أو حياتك[1] فانه يصح وتكون للمعمَر ولورثته من

---

(١) قوله « إلا فى العمرى الخ » هى صحيحة بهذه الألفاظ وهـــذا المذهب لأنهما نوعان من الهبة قال ابن القطاع أرقبتك أعطيتك ، وسميت عمرى لتقييدها بالعمر وسميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وقال أبو السعادات يقال أعمرته الدار أى جعلتها له يسكنها مدة عمره فإذا مات عادت إلى كذا كانوا يفعلونه فى الجاهلية فابطل ذلك الشرع وأعلمهم أن من أعمر شيئاً أو أرقبه فى حياته فهو له ولورثته من بعده . وهى صحيحة فى قول أكثر العلماء لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها » رواه أبو داود والترمذى وحسنه وروى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيا وميتا ولعقبه » رواه مسلم وفى لفظ قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه

[فائدة] لا يصح اعماره المنفعة ولا ارقابها فلو قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو غلة هذا البستان أو خدمة هذا العبد لك عمرك أو منحتكه عمرك فذلك عارية له الرجوع متى شاء فى حياته وبعد موته نقله الجماعة عن أحمد ، وتبطل بموت من مات منهما وبه قال أكثر أهل العلم منهم الشعبى والنخعى والثورى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى وقال الحسن وعطاء وقتادة هى كالعمرى يثبت فيها حكمها ولنا أن هذا اباحة المنافع فلم يقع لازما كالعارية، وفارق العمرى فانها هبة الرقبة

على قوله « وتكون للمعمر » « بفتح الميم ملكا فى قول جماعة من الصحابة ومن بعدهم لما روى جابر رضى الله عنه قال : قضى النبى ﷺ بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه

على قوله « إلى المعمر » « بكسر الميم

على قوله « صح » « وبه قال القاسم بن محمد ويزيد بن قسيط والزهرى وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبى ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولى الشافعى لما روى جابر قال : انما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هى لك ولعقبك فاما إذا قال هى لك ما عشت فانها ترجع إلى صاحبها متفق عليه . والرقبى كالعمرى . وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة

بعده . وان شرط رجوعها إلى المعمر عند موته أو قال هى لآخرنا موتا صح الشرط ، وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته

فصل

والمشروع فى عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم [١] فان خص بعضهم أو فضله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا [٢]، فان

على قوله « صح الشرط » ، على الأصح لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم » واختاره الشيخ تقى الدين وغيره من الأصحاب ، وعنه لا يصح الشرط وهى المذهب لما روى أحمد مرفوعا قال « لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح فى إبطال الشرط

(١) قوله « والمشروع فى عطية الأولاد الخ » لا خلاف بين أهل العلم فى استحباب التسوية بينهم وكراهية التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى فى القبلة ، إذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الانثيين وهذا المذهب وبه قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وابن المبارك يعطى الأنثى مثل مايعطى الذكر وهو رواية عن أحمد واختاره ابن عقيل والحارثى لأن النبى ﷺ قال لبشير « سو بينهم » وعلل ذلك بقوله « أيسرك أن يستووا فى برك ؟ فقال نعم . قال فسو بينهم » والبنت كالابن فى استحقاق برها فكذلك فى عطيتها وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « سووا بين أولادكم فى العطية ولو كنت مؤثرا أحدا لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد . ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى مااقتدى به قسمة الله تعالى ، وقضية بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها انما يثبت حكمها فى مثلها ولا نعلم حال أولاد بشير هل فيهم أنثى أم لا ؟ ولعل النبى ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر ، ثم نحمل القسمة على التسوية على القسمة فى كتاب الله تعالى

(٢) قوله « فان خص بعضهم الخ » هذا المذهب قال طاوس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك . وقال مالك والثورى والليث والشافعى وأصحاب الرأى يجوز ذلك وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد لأن =

مات قبل ذلك ثبت للمعطى[1] ، وعنه لا يثبت وللباقين الرجوع اختاره أبو عبد الله بن بطة . وان سوى بينهم فى الوقف أو وقف ثلثه فى مرضه على

= أبا بكر رضى الله عنه وأرضاه نحل عائشة رضى الله عنها جذاذ عشرين وسقا دون سائر أولاده ، واحتج الشافعى بقـول النبى ﷺ فى حديث النعمان بن بشير : أشهد على هذا غيرى فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لوسوى بينهم ، ولنا ماروى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : تصدق على أبى ببعض ماله فقالت أم عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ ، فجاء أبى إلى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقتى فقال أكل ولدك أعطيت مثله ؟ قال لا قال فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم قال فرجع أبى فرد تلك الصدقة وفى لفظ قال فاردده وفى لفظ فارجعه وفى لفظ لاتشهدنى على جور وفى لفظ فأشهد على هـــذا غيرى وفى لفظ سو بينهم متفق عليه . وهو دليل على التحريم لأنه سماه جـورا وأمره برده وامتنع من الشهادة عليه ، والجور حرام ، والأمر يقتضى الوجوب . وقول أبى بكررضى الله عنه لا يعارض قول النبى ﷺ . فأما ان خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يعصى الله تعالى بما يأخذه فقد روى عن أحمد رحمه الله تعالى مايدل على جواز ذلك فانه قال فى تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة ، والعطية فى معناه

(١) قوله « وان مات الخ » إذا فاضل بينهم فى العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع ، هذا المنصوص عن أحمد وهو المذهب وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى وأكثر أهل العلم ، وعنه لاتثبت وللباقين الرجوع اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبرى وابن عقيل والشيخ تقى الدين وصاحب الفائق وهو قول عروة ابن الزبير واسحاق

[فائدة] قال الإمام أحمد رضى الله عنه أحب إلى أن يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان أعطى ولده ماله ثم ولد له فأعجب إلى أن يرجع فيسوى بينهم فان أعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للمعطى أن يساوى =

ببعضهم جاز نص عليه . وقياس المذهب أنه لايجوز [1] ولا يجوز لواهب أن

ـــ اخاه فى عطيته لحديث أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فروى سعيد باسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا ان سعدا قسم ماله ولم يدر ما يكون وإنا نرى أن ترد هذه القسمة ، فقال : لم أكن أغير شيئا صنعه سعد ولكن نصيبي له ، هذا معنى الخبر

(١) قوله « وقياس المذهب أنه لا يجوز » ذكر المصنف هنا مسئلتين (إحداهما) إذا سوى بينهم فى الوقف جاز على الصحيح من المذهب لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا فى القرابه نقل ابن الحكم لا بأس قيل فان فضل قال لا يعجبنى على وجه الأثرة الا لعيال بقدرهم أو حاجة لأن الزبير رضى الله عنه خص المردودة من بناته دون المستغنية . (المسئلة الثانية) إذا وقف ثلثه فى مرضه على بعضهم وكذا لو أوصى بوقف ثلثه على بعضهم جاز على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من المفردات واحتج الإمام بان عمر رضى الله عنه جعل أمر وقفه إلى حفصة تأكل منه وتشترى رقيقا ، ولأن الوقف ليس فى معنى المال فهو كعتق الوارث وكالوقف على الأجانب . قال المصنف هنا « وقياس المذهب أنه لا يجوز » واختاره أبو حفص العكبرى وابن عقيل لأنه تخصيص لبعض ورثته بماله فى مرضه فمنع منه كالوصية لحديث عمر رضى الله عنه ليس فيه تخصيص لبعض الورثة بالوقف لأنه جعل الولاية اليها وليس وقفا عليها فعنه كهبة تصح بالاجازة ، وعنه لا ان قيل هبة ، وعنه تلزم فى ثلثه وهى أشهر

[فائدة] لو وقف على أجنبي زائدا على الثلث لم يصح وقف الزائد على الصحيح من المذهب

[فائدة] إذا وقف داره وهى تخرج من ثلثه فى مرض موته على ابنه وبنته نصفين جاز على المنصوص ولزم لانه لما كان له تخصيص البنت بها فبنصفها أولى وعلى المنصور فى المغنى وغيره ان أجاز الابن جاز وأن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجع الى الابن ملكا فيكون له النصف وقفا والسدس ملكا والثلث للبنت جميعه وقفا

يرجع فى هبته[١] إلا الأب[٢]، وعنه ليس له الرجوع، وعنه له الرجوع إلا أن يتعلق بها حق أو رغبة[٣] نحو أن يتزوج الولد أو يفلس، وان نقصت العين

---

(١) قوله « ولا يجوز لواهب الخ » أى اللازمة نص عليه وهو المذهب لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود فى قيئه» متفق عليه ولأحمد والبخارى ليس لنا مثل السوء وفى روايه لأحمد قال قتادة ولا أعلم القىء الا حراما فظاهره وإن لم يثب عليها صرح به فى المحرر وكذا حكم الهدية

(٢) قوله « إلا الأب » هذا المذهب نص عليه لما روى عمر وابن عباس رضى الله عنهم مرفوعا « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » رواه الخمسة وصححه الترمذى

(٣) قوله « وعنه له الرجوع الا الخ » وكذا لو فعل الولد ما يمنع التصرف مؤبدا أو موقتا ، وجزم بهذه الرواية فى الوجيز ، واختاره الشارح وابن عبدوس وابن عقيل والشيخ تقى الدين وقال يرجع فيما زاد على قدر الدين أو الرغبة لأنه تعلق بها حق غير الابن ففى الرجوع ابطال حقه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام «لاضرر ولا ضرار»وعن أحمد رحمه الله تعالى فى المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها نص عليه وجزم به فى المنور ومنتخب الأدمى قال فى الرعاية وترجع المرأة بما وهبت زوجها بمسئلته على الأصح واختاره ابن عبدوس وجزم به فى القواعد الفقهية قال قدم المصنف هنا عدم رجوعها وهو ظاهر كلام الخرقى وكثير من الأصحاب وجزم به فى الكافى والجامع الصغير وابن أبى موسى وأبو الخطاب واختاره الحارثى وهو اختيار أبى بكر وغيره . قلت : الصواب عدم الرجوع إن لم يحصل لها ضرر من طلاق وغيره والا فلها الرجوع قاله فى الانصاف

[فوائد] ظاهر كلام المصنف أنها لا ترجع إذا وهبته من غير سؤال وهو صحيح وهو المذهب

(الثانية) ذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أنه لو قال لها أنت طالق ان لم

أو زادت زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع والزيادة للابن ويحتمل أنها للأب ، وهل تمنع المتصلة الرجوع؟ على روايتين . وان باعه المتهب ثم رجع اليه بفسخ أو إقالة فهل له الرجوع ؟ على وجهين . وان رجع اليه ببيع أو هبة لم يملك الرجوع ، وان وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع إلا أن يرجع

= تبرئيني فأبرأته صح . وهل ترجع ؟ فيه ثلاث روايات ثالثها ترجع إن طلقها وإلا فلا . انتهى

(الثالثة) ويحصل رجوع الأب بقوله علم الولد أو لم يعلم على الصحيح من المذهب

(الرابعة) تصرف الأب ليس برجوع على الصحيح من المذهب نص عليه قال فى التلخيص والفروع وغيرهما : لا يكون وطئه رجوعا ، وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعا ؟ على وجهين وعليهما لاينفذ لأنه لم يلاق الملك

(الخامسة) ظاهر كلام المصنف ـ بل كالصريح ـ أن الأم ليس لها الرجوع إذا وهبت ولدها وهو الصحيح من المذهب نص عليه ، وقيل هى كالأب وجزم به فى المبهج والإيضاح واختاره المصنف والشارح والقاضى يعقوب والحارثى وصاحب الفائق وقاله فى الإفصاح والواضح وغيرهما وهو مذهب الشافعى لأنها داخلة فى قوله إلا الوالد فيما يعطى ولده

(السادسة) ظاهر كلام المصنف أيضاً أن الجد ليس له الرجوع فيما وهبه لولده وهو الصحيح من المذهب

(السابعة) اجارة الولد وتزويجه والوصية به والهبة قبل القبض والمزارعة والمضاربة به والشركة وتعليق عتقه بصفة لا تمنع الرجوع وكذا وطء الولد لايمنع الرجوع وإباق العبد وردة الولد لاتمنع ان قيل ببقاء الملك ، وان قيل مراعى فكذلك ، وان قيل بزواله منعت

على قوله « نحو أن يتزوج الولد أو يفلس » « وبهذه الرواية قال مالك واختاره شيخنا

على قوله « لم تمنع الرجوع » « هذا المذهب

على قوله « والزيادة للابن » « هذا المذهب لأنها حادثة فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ

هو، وإن كاتبه أو رهنه لم يملك الرجوع إلا أن ينفك الرهن وتنفسخ الكتابة. وعن أحمد رحمه الله تعالى فى المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده اليها ـ رضيت أو كرهت ـ لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها

فصل

وللأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء[1] ويتملكه مع حاجته

على قوله « على روايتين » إحداهما تمنع ونصره المصنف والشارح، قال فى القواعد وهو المنصوص وهو المذهب على ما اصطلحناه فلو اختلف الأب وولده فى حدوث زيادة فى الموهوب فالقول قول الأب على الصحيح وقيل قول الولد

على قوله « ثم رجع اليه بفسخ أو اقالة » « أو بفلس المشترى

على قوله « على وجهين » « المذهب له الرجوع

على قوله « لم يملك الرجوع » « بلا نزاع، وكذا لو رجع بارث أو وصية

على قوله « لم يملك أبوه الرجوع » « على الصحيح من المذهب

على قوله « إلا أن يرجع هو » « فيملك الرجوع على الصحيح

على قوله « لم يملك الرجوع » « هذا مبنى على القول بعدم جواز بيع المكاتب أما على القول بجواز بيعه وهو المذهب فحكمه حكم العين المستأجرة قاله الشارح وقد صرح قبل ذلك بجواز الرجوع فى العين المستأجرة لكن المستأجر مستحق للنافع مدة الإجارة لكن الكتابة باقية على حكمها إذا رجع أيضا ولا يمنع التدبير الرجوع على الصحيح من المذهب وقيل يمنع

(١) قوله « وللأب أن يأخذ الخ » هذا المذهب بشرطه ومنع من ذلك ابن عقيل وقال الشيخ تقى الدين: ليس للأب الكافر أن يتملك مال ولده المسلم لا سيما إذا كان الولد كافرا ثم أسلم قال فى الانصاف وهذا عين الصواب فعلى المذهب قال الشيخ تقى الدين يستثنى مما للاب أن يأخذه من مال ولده سرية الابن ولو لم تكن أم ولد فانها ملحقة بالزوجة ونص عليه

وعدمها [1] فى صغر الابن وكبره إذا لم تتعلق حاجة الابن به [2]، وان تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو ابراء من دين لم يصح تصرفه، وان وطىء جارية ابنه فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر لاتلزمه قيمته

---

(١) قوله «مع الحاجة وعدمها» هذا المذهب وقيل لا يتملك من مال ولده إلا ما احتاج اليه، وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى. وسأله ابن منصور وغيره عن الأب يأكل من مال ابنه، قال: نعم إلا أن يفسده فله القوت، ولنا ما روى سعيد والترمذى وحسنه عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ «ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم» وروى الطبرانى فى معجمه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال «جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال: ان أبى احتاج مالى، فقال: أنت ومالك لأبيك»

(تنبيه) مفهوم كلام المصنف أن الأم ليس لها أن تأخذ من ولدها كالأب وهو صحيح وهو المذهب، وقيل لها ذلك

(٢) قوله «إذا لم تتعلق حاجة الابن به» يشترط فى جواز أخذ الأب من مال ولده إن لا يضر الآخذ به كما إذا تعلقت حاجته به نص عليه وعنه له الأخذ مالم يجحف به وجزم به فى الكافى والمغنى والشرح. وللاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع غناه وحاجته بشرطين أحدهما أن لا يجحف بالابن ولا يأخذ ما تعلقت به حاجته، الثانى أن لا يأخذ من أحد ولديه ليعطيه الآخر نص عليه، قال الشيخ تقى الدين: قياس المذهب أنه ليس للاب أن يتملك من مال ابنه فى مرض موت الاب ما يخلفه تركة لانه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لتملكه فهو كما لو تملك فى مرض موت الابن وقال أيضاً: لو أخذ من مال ولده شيئا ثم انفسخ سبب استحقاقه بحيث وجب رده إلى الذى كان مالكه مثل أن يأخذ الاب صداق ابنته ثم يطلق الزوج، أو يأخذ ثمن السلعة التى باعها الولد ثم ترد السلعة بعيب أو يأخذ المبيع الذى اشتراه الولد ثم يفلس بالثمن ونحو ذلك فالاقوى فى جميع الصور أن للمالك الاول الرجوع على الأب

على قوله «لم يصح تصرفه» هذا المذهب ويحصل تملكه بالقبض ونص عليه مع القول أو النية

ولا مهر ولا حد[١] ، وفى التعزير وجهان . وليس للابن مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا أرش جناية ولا غير ذلك[٢] ، والهدية والصدقة نوعان من الهبة

على قوله « وإن وطىء جارية ابنه » « أى قبل تملكها فقد وطئها وليست بزوجة ولا ملك يمين وهو حرام

على قوله « صارت أم ولد له » « هذا بلا نزاع إذا لم يكن الابن وطئها وإن كان الابن يطأها فظاهر كلام المصنف هنا أنها تصير أم ولد له أيضاً إذا أحبلها وهو أحد الوجهين ورجحه فى المغنى ، وهو كالصريح فيما قطع به صاحب المحرر والشارح وغيرهم ، والصحيح من المذهب أنها لاتصير أم ولد إذا كان الابن يطأها نص عليه

على قوله « ولا مهر » « وهذا المذهب وظاهر كلام المصنف أن الأب لاتلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها والصحيح من المذهب أنه يلزمه قيمتها

(١) قوله « ولا حد » هـذا المذهب للشبهة ، وعنه يحـد قال جماعة ما لم ينو تملكها ومحل هذا إذا كان الابن لم يطأها فاما ان كان الابن يطأها ففى وجوب الحد عليه روايتان منصوصتان وأطلقهما فى الرعاية والفروع ، قال فى الانصاف وظاهر ماقطع به المصنف هنا فى باب حد الزنا وفى الكافى والمغنى أنه لاحد عليه سواء كان الولد يطأها أولا ، قال الحارثى ولا فرق فى انتفاء الحد بين كون الابن يطأها أو لا قال فى الأنصاف والأولى وجوب الحد

(٢) قوله « وليس للابن مطالبة أبيه الخ » هـذا المذهب وعليه الأصحاب وقطع به أكثرهم وهو من مفردات المذهب وقاله الزبير بن بكار وسفيان بن عيينة لما روى أن رجلا جاء إلى النبى ﷺ بابيه يقتضيه دينا عليه فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه الخلال

(تنبيه) ظاهر كلام المصنف أن ذلك يثبت فى ذمته ولكن يمنع من مطالبته وهو أحد الوجهين والمذهب منهما ، والوجه الثانى لايثبت فى ذمته قال الحارثى : وهو الأصح وهو المنصوص عن أحمد ،فعلى الوجه الأول هل يملك الأب إبراء نفسه من الدين ؟قال القاضى فيه نظر قال الشيخ تقى الدين يملك الأب اسقاط دين الابن=

فصل فى عطية المريض

أما المريض غير مرض الموت أو مرضا غير مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح فى جميع ماله، وإن كان مرض الموت المخوف كالبرسام وذات الجنب والرعاف الدائم والقيام المتدارك والفالج فى ابتدائه والسل فى انتهائه وما قال عدلان من أهل الطب إنه مخوف فعطاياه كالوصية فى أنها لا تجوز لوارث ولا تجوز لاجنبي بزيادة على الثلث إلا باجازة الورثة مثل الهبة والعتق والكتابة والمحاباة[1]، فأما الأمراض الممتدة كالسل والجذام والفالج فى دوامه فان صار صاحبها

= عن نفسه ولو وجد عين ماله الذى باعه أو أقرضه بعد موت أبيه ففى الرجوع روايتان قدم فى المغنى الرجوع

على قوله «تصح فى جميع ماله» وهذا المذهب وعليه الأصحاب ولو اتصل به الموت للادلة وكما لو كان مريضا فبرأ

على قوله «وما قال عدلان الخ» مفهومه أنه لا يقبل فى ذلك قول عدل مطلقا وهو المذهب لانه يتعلق به حق الوارث والعطايا

(١) قوله «إلا باجازة الورثة مثل الهبة الخ» أى وكالصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال «ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم» رواه ابن ماجه، فمفهومه ليس له أكثر من الثلث، يؤيده ما روى عمران بن حصين رضى الله عنهما «ان رجلا أعتق فى مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فاستدعاهم النبى ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء فاقرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة» رواه مسلم، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى

[فائدة] لو علق عتق عبده على شرط فوجد الشرط فى مرضه فالصحيح من المذهب أنه يكون من الثلث

على قوله «مثل الهبة والعتق والكتابة والمحاباة» يعنى إذا مات من ذلك، أما إذا عوفى فهذه العطايا كعطايا الصحيح

صاحب فراش فهى مخوفة وإلا فلا[1]، وقال أبو بكر فيه وجه آخر أن عطيته من الثلث، ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب، أو فى لجة البحر عند هيجانه[2] أو وقع الطاعون ببلده[3] أو قدم ليقتص منه أو الحامل عند المخاض فهو كالمريض[4]، قال الخرقى وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر، وقيل عن أحمد رحمه الله تعالى مايدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله، وان

---

(١) قوله فاما الأمراض الممتدة الخ، إذا صار صاحبها صاحب فراش فهى مخوفة بلا نزاع وعطيته من الثلث وبه يقول الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور، وذكر أبو بكر وجها آخر وهو رواية أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعى لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وان كان لا يبرأ منه فهو كالهرم، ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فإن كان صاحبها صاحب فراش فهو كمسئلتنا وان لم يصر صاحب هده الأمراض صاحب فراش فعطاياه كالصحيح وهذا المذهب

على قوله «صاحب فراش» * أى لزم الفراش

على قوله «ومن كان بين الصفين الخ» * أى بأن اختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل منهما مكافئة الأخرى أو مقهورة ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين فى الدين أولا وبه قال مالك والثورى والأوزاعى

(٢) قوله «أو فى لجة الخ» أى إذا اضطرب وهبت الريح العاصف لأن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف فى قوله ﴿ هو الذى يسيركم فى البر والبحر ﴾ فأما ان كان ساكنا فليس بمخوف

(٣) قوله «أو وقع الطاعون ببلده» قال أبو السعادات: هو المرض العام والوباء الذى يفسد له الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان

(٤) قوله «فهو كالمريض» أى مرضا مخوفا وهذا المذهب وعليه الأصحاب فى الجملة وقال الشارح وغيره ويحتمل أن الطاعون إذا وقع ببلدة أنه ليس بمخوف فانه ليس بمريض وإنما يخاف المرض قال فى الإنصاف وما هو ببعيد

[فوائد] حكم من حبس للقتل حكم من قدم ليقتص منه

عجز الثلث عن التبرعات المنجزة بدىء بالاول فالأول منها[1] ، فان تساوت قسم بين الجميع بالحصص[2]،وعنه يقدم العتق ، وأما معاوضة المريض بثمن المثـل فتصح من رأس المال وان كانت مع وارث ، ويحتمل أن لا تصح لوارث ، وان حابى وارثه فقال القاضى يبطل فى قدر ما حاباه ويصح فيما عـداه وللمشترى الخيار لان الصفقة تبعضت فى حقه فان كان له شفيـع فله

(الثانية) الأسير فان كان عادتهم القتل فحكمه حكم من قدم ليقتص منه على الصحيح من المذهب وعنه عطاياه من كل المال وان لم يكن عادتهم القتل فكالصحيح

(الثالثة) لو جرح جرحا موحيا فهـو كالمريض مع ثبات عقله وفهمه عـلى الصحيح من المذهب

على قوله « وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر » « وبه قال مالك

(١) قوله « وإن عجز الثلث عن التبرعات الخ » هذا المذهب سواء كان الاول عتقا أو غيره وبهذا قال الشافعى لأن السابق استحق الثلث فلم يسقط بما بعده ، وعنه يقدم العتق وبه قال أبو يوسف ومحمد

(٢) قوله « فان تساوت الخ » ان لم يكن فيها عتق ووقعت دفعة واحدة قسم الثلث بينهم بالحصص بلا نزاع وان كان فيها عتق فـكذلك على الصحيح من المذهب لانهم تساووا فى الاستحقاق فيقسم بينهم عـلى قدر حقوقهم كغرماء المفلس وان كانت كلها عتقاء اقرعنا بينهم فيكمل العتق فى بعضهم

[فائدة] لو قضى المريض بعض غرمائه دينه ووفت تركته بالـكل صح نص عليه ، وان لم تف فوجهان أشهرهما ـ وهو قياس قول أحمد ـ أنهم لا يملـكون الاعتراض عليه لأنه أدى واجبا عليه كأداء ثمن المبيع وهو منصوص الشافعى، والثانى عكسه وبه قال أبو حنيفة لان حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه

على قوله « وإن كانت مع وارث » « وهذا الصحيح من المذهب لانه لا تبرع فيها ولا تهمة

على «قوله وتصح فيما عداه » « وهذا الصحيح من المذهب لان المانع من صحة البيع المحاباة وهى هنا مفقودة

أخذه فان أخذه فلا خيار للمشترى ، وان باع المريض أجنبيا أو حاباه [١] وكان شفيعه وارثا فله الأخذ بالشفعة لأن المحاباة لغيره ، ويعتبر الثلث عند الموت فلو اعتق عبدا لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبين أنه عتق كله ، وان صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شيء [٢]

فصـــل

وتفارق العطية الوصية فى أربعة أشياء : (أحدها) أنه يبدأ بالاول

على قوله « لأن الصفقة تبعضت فى حقه » ، فشرع ذلك دفعا للضرر

على قوله « فله أخذه » ، لأنها تجب بالبيع الصحيح وقد وجد

على قوله « فلا خيار للمشترى » ، لزوال الضرر

(١) قوله « وإن باع المريض أجنبيا أو حاباه » لم يمنع ذلك من صحة العقد فى قول الجمهور ، وقال أهل الظاهر يبطل ، ولنا عموم قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ هذا لو باع عبدا لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حاباه بثلثى الثمن وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وان ردوا واختار المشترى فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت ، فان اختار امضاء البيع فقال شيخنا : عندى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله وإلى هذا أشار القاضى فى نحو هذه المسألة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن وقال مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه « خلع الثلث »

على قوله « لأن المحاباة لغيره » ، وهذا المذهب كما لو وصى لغريم وهذا إذا لم يكن حيلة

على قوله «ويعتبر الثلث عند الموت» ، وهذا المذهب لأنه وقت لزوم الوصايا

(٢) قوله « وان صار عليه دين الخ » هذا المذهب نص عليه لأن الدين قبل الوصية بدليل قول على رضى الله عنه قضى النبي ﷺ بالدين قبل الوصية وعنه =

فالاول منها [١] ، والوصايا يسوّى بين المتقدم والمتأخر منها [٢]. (والثانى) أنه لا يملك الرجوع فى العطية [٣] بخلاف الوصية [٤]. (الثالث) أنه يعتبر قبوله للعطيه عند وجودها [٥] والوصية بخلافه [٦]. (الرابع) أن الملك يثبت فى العطية من حينها [٧] ويكون مراعى [٨] فاذا خرج من الثلث عند الموت تبين أن الملك كان

= يعتق الثلث لأن تصرف المريض من الثلث كتصرف الصحيح فى الجميع ، فان مات قبل سيده مات حرا وقيل بل ثلثه

(١) قوله « أحدها أنه يبـــدأ بالأول الخ » هـــذا الصحيح من المذهب لوقوعها لازمة

(٢) قوله « والوصايا الخ » هذا الصحيح من المذهب أيضا لانها تبرع بعد الموت فـوجد دفعة واحدة لـكن لو اجتمعت العطية والوصية وضاق الثلث عنهما فالصحيح من المذهب أن العطية تقدم على الوصية وبه قال الشافعى وجمهور العلماء وأبو حنيفـة وأبو يوسف وزفر ، الا فى العتق فانه حـــكى عنهم تقديمه وهو رواية عن أحمد

(٣) قوله « الثانى الخ » لأنها تقع لازمة فى حق المعطى تنتقل إلى المعطى فى الحياة إذا اتصل بها القبول والقبض ولو كثرت ، وانما منع من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة

(٤) قوله « بخـلاف الوصية » أى فانه يملك الرجوع فيها لأن التبرع فيهـا مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد فهى كالهبة قبل القبول

(٥) قوله « الثالث الخ » أى لأنها تمليك فى الحال

(٦) قوله « بخلاف الوصية » أى فانها تمليك بعد الموت فاعتبر عند وجوده

(٧) قوله « الرابع أن الملك الخ » أى بشروطها لأنها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب فى الحال فيعتبر قبولها فى المجلس كعطية الصحـة وكذا ان كانت محاباة أو اعتاقا

(٨) قوله « ويكون مراعى » أى لأنا لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتلف شىء من ماله فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره لنعمل بها فاذا انكشف الحال علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد

ثابتا من حينه ، فلو أعتق فى مرضه عبدا أو وهبه لإنسان ثم كسب فى حياة سيده شيئا ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معتقا وللموهوب له إن كان موهوبا ، وان خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك فلو أعتق عبدا لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فقد عتق منه شىء وله من كسبه شىء[1] ولورثة سيده شيئان فصار العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه ولورثته نصفهما[2]،وان كسب مثلى قيمته صار له شيئان وعتق منه شىء وللورثة شيئان فيعتق ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه والباقى للورثة [3] ، وان كسب نصف قيمته عتق منه شىء وله

على قوله « كان كسبه له ان كان معتقا » « لأن الكسب تابع لملك الرقبة

على قوله « وإن خرج بعضه » « أى من الثلث

على قوله « فلهما » أى للمعتق والموهوب له

على قوله « بقدر ذلك » « أى بمقدار نسبة ذلك البعض اليه

(١) قوله « فلو اعتق عبدا ـ إلى قوله ـ وله من كسبه شىء » أى لأن الكسب يتبع ما تنفذ فيه العطية دون غيره فلزم الدور لان للعبد من كسبه بقدر ما عتق وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزاد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من كسبه وينقص بذلك قدر المعتق منه . ونبه عليه بقوله ولورثة سيده شيئان فصار العبد وكسبه نصفين أى صار مقسوما نصفين لأن العبد لما استحق نصفه بعتقه شيئا وبكسبه شيئا كان له فى الجملة شيئان وللورثة شيئان

(٢) قوله « وللورثة نصفهما » أى نصف العبد ونصف الكسب ، فاذا كان العبد قيمته مائة مثلا وكسب مائة قسمت ذلك على أربعة أشياء فيكون الشىء وهو أولى من ضم الأشياء ثم يقسم نصفين لأن الأول يبين مقدار الشىء فيعلم مقدار المعتق بخلاف القسمة نصفين فانه يحتاج الى نظر لتبيين مقدار العتق

(٣) قوله « وان كسب مثلى قيمته الخ » أى صار له شيئان من كسبه فصار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه والورثة خمساه وخمسا كسبه

نصف شيء من كسبه وللورثة شيئان فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثه أسباع كسبه والباقي للورثة ، وان كان موهوبا لإنسان فله من العبد بقدر ماعتق منه وبقدره من كسبه ، وإن أعتق جارية ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها يعتق منها ثلاثة أسباعها(١) ، ولو وهبها مريضاً لا ملك له أيضاً فوهبها الثاني للأول وصحت هبة الاول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء وللاول شيئان فلهم ثلاثة أرباعها ولورثه الثاني ربعها . وان باع مريض قفيزا لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة فأسقطْ قيمة الردىء من قيمة الجيد ثم أنسبْ الثلث إلى الباقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الردىء ويبطل فيما بقي . وان أصدق امرأة عشرة لا مال له غيرها وصداق مثلها خمسة فماتت قبله ثم مات فلها بالصداق خمسة وشيء بالمحاباة رجع اليه نصف ذلك بموتها صار له سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبرْها بنصف شيء وقابل يخرج الشيء ثلاثة فلورثته ستة

على قوله « وللورثة شيئان » ﴿ فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء فابسطها تصير سبعة له ثلاثة أسباعه

على قوله « فله » ﴿ أي الموهوب له

على قوله « بقدر ماعتق منه » ﴿ لأن القدر الموهوب يعدل القدر المعتق

على قوله « وبقدره من كسبه » ﴿ لأن الكسب يتبع الملك فلزم أن يملك من الكسب بقدر ما ملك من العبد

على قوله « وان أعتق جارية » ﴿ لا مال له غيرها

(١) قوله « وان أعتق جارية الخ » أي لأنها لو كسبت نصف قيمتها لعتق منها ثلاثة أسباعها سبع بملكها له من نفسها بحقها من مهرها ولا ولاء عليها لأحد وسبعان باعتاق الميت لكن في النسبية نظر من حيث ان الكسب يزيد به ملك السيد وذلك يقتضي الزيادة في العتق والمهر ينقصه وذلك يقتضي نقصان العتق

ولورثتها أربعه ، وان مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة نص عليه ، وعنه تعتبر المحاباة من الثلث ، وقال أبو بكر هذا قول قديم رجع عنه

فصـــل

ولو ملك ابن عمه فأقر فى مرضه أنه أعتقه فى صحته عتق[1] ولم يرثه ذكره أبو الخطاب[2] لانه لو ورثه كان إقراره لوارث وكذلك على قياسه لو اشترى ذا رحمه المحرم فى مرضه وهو وارثه[3] أو وصى له به أو وهب له فقبله فى مرضـه . وقال القاضى يعتق ويرث . ولو أعتق أمتـه وتزوجها فى مرضه لم ترثه على قياس الاول [4] ، وقال القاضى ترثه . ولو أعتقها وقيمتها مئة ثم تزوجها وأصدقها مئتين لا مال له سواهما وهى مهر مثلها ثم مات صح

---

(١) قوله «ولو ملك ابن عمه الخ» أى عتق من رأس المال لأن إقرار المريض لذلك كالصحيح

(٢) قوله « ولم يرثه الخ » أى فيبطل عتقه لأنه مرتب على صحة الإقرار وهو لا يصح لوارث وعلله الجبرى(*) بان عتقهم وصية فلا يجمع بين الامرين لانهم إذا ورثوا بطلت الوصية وإذا بطلت الوصية بطل العتق فيؤدى توريثهم إلى اسقاط توريثهم والمنصوص عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يعتق ويرث وهو المذهب ويكون من رأس ماله على الصحيح من المذهب نص عليه

(٣) قوله « وكذلك على قياسه الخ » يعنى أنه يعتق ولا يرث على قول أبى الخطاب ومن تابعه ، وقال القاضى : يرثه وهو المذهب نص عليه وصححه الشارح ، ويعتقون من رأس المال على الصحيح من المذهب نص عليه لانه لا تبرع فيه إذ التبرع بالمال انما هو بالعطية أو الاتلاف أو التسبب اليه وهذا ليس بواحد منها والعتق ليس من فعله ولا يتوقف على اختياره فهو كالحقوق التى تلزم بالشرع وقبوله الهبة ونحوها ليس بعطية ولا اتلاف لماله وانما هـو تحصيل لشىء تلف بتحصيله فأشبه قبوله لشىء لا يمكنه حفظه وفارق الشراء فانه تضييع لماله فى ثمنه

(٤) قوله « ولو أعتق أمته الخ » أى لان إرثها يفضى إلى بطلان عتقها لانه وصية وإبطال عتقها يبطل بتوريثها. وقال القاضى ترثه وهو المذهب نص عليه ==

(*) كذا بالأصل ، ولعل صوابه « الخبرى »

العتق [1] ولم تستحق الصداق لئلا يفضى إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها . وقال القاضى تستحق المئتين . ولو تبرع بثلث ماله ثم اشترى أباه من الثلثين فقال القاضى يصح الشراء ولا يعتق فاذا مات عتق على الورثة ان كانوا ممن

= وجزم به فى الشرح وغيره لأن العتق فى هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد فى مرضه فانه لا يسقط ميراثه ولا يبطل الوصية وعتقها يكون من الثلث إن خرجت من الثلث عتقت وصح النكاح كما لو اعتق ابن عمه أو اشترى ذا رحم يعتق عليه ممن يرث وان لم تخرج عتق قدره وبطل النكاح لانتفاء شرطه ، ولو اعتقها فى صحته وتزوجها فى مرضه فانه يصح وترثه بغير خلاف علمناه

(١) قوله « ولو أعتقها وقيمتها مائه الخ ، وهذا المذهب ، ووجهه أنها إذا استحقت الصداق لم يبق شىء سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها فلا ينفذ العتق فى كلها لكون الإنسان محجورا عليه فى التصرف فى مرضه فى جميع ماله ، وإذا بطل العتق فى البعض بطل النكاح وإذا بطل النكاح بطل الصداق

[فائدتان] لو تزوج فى مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففى المحاباة روايتان إحداهما هى موقوفة على إجازة الورثة لأنها عطية الوارث ، والثانية تنفذ من الثلث

(الثانية) لو أصدق المائتين أجنبية والحالة ما ذكر صح وبطل العتق فى ثلثى الأمة لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وكذا لو تلفت المائتان قبل موته عتق منها الثلث فقط

على قوله « صح العتق » * والنكاح لأنه صدر من أهله فى محله

على قوله « وقال القاضى تستحق المائتين » * وتعتق لأن العتق وصية لها وهى غير وارثة والصداق استحقته بعقد المعاوضة وهى تنفذ من رأس المال قال فى المغنى والأول أولى من القول بصحة العتق واستحقاق الصداق جميعا لافضائه إلى القول بصحة العتق فى مرض الموت من جميع المال ولا خلاف فى فساد ذلك

على قوله « فقال القاضى يصح الشراء ولا يعتق » * وهـذا المذهب لسبق التبرع بالثلث

على قوله « فاذا مات » * المشترى

يعتق عليه ولا يرث لانه لم يعتق فى حياته

كتاب الوصايا

وهى الامر بالتصرف بعد الموت[1]. والوصية بالمال هى التبرع به بعد الموت. وتصح من البالغ الرشيد عدلا كان أو فاسقا رجلا أو امرأة مسلما أو كافرا [2] ومن السفيه فى أصح الوجهين [3] ومن الصبي العاقل إذا جاوز

على قوله « ان كان ممن يعتق عليهم » * كالأولاد والإخوة لأب لأنهم ملكوا من يعتق عليهم

على قوله « ولا يرث » * الأب من ابنه

على قوله « لانه لم يعتق فى حياته » * ومن شرط الإرث حرية الوارث عند الموت وهذا المذهب فى ذلك كله

(١) قوله « وهى الأمر بالتصرف الخ » هذا الحد هو الصحيح والاجماع على مشروعيتها ، وسنده قوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية ﴾ الآية ، وقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى به يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عند رأسه » متفق عليه من حديث ابن عمر رضى الله عنهما

(٢) قوله « وتصح من البالغ الرشيد الخ » لأن هبتهم صحيحة فالوصية أولى . وحاصله ان من جاز تصرفه فى ماله جازت وصيته والمراد مالم يعاين الموت قاله فى الكافى وغيره لأنه لا قول له والوصية قول وقد شمل كلامه العبد وهو صحيح ذكره الأصحاب منهم المصنف وغيره ، فان كان فيما عدا المال فصحيح وان كان فى المال فان مات قبل العتق فلا وصية على المذهب لانتفاء ملكه ، وان قيل يملك بالتمليك صحت ذكره بعض الاصحاب . والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن وشمل كلامه أيضا المحجور عليه لفلس فتصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله لانه قد يتحول ما بقى من الدين فلا يعين المال الأول إذاً للغرماء وان مات قبل ذلك لغت الوصية

(٣) قوله « وتصح من السفيه الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه انما حجر عليه لحفظ ماله وليس فيها اضاعة لماله لانه إن عاش كان ماله له وإن =

العشر[1] ولا تصح ممن له دون السبع[2] وفيما بينهما روايتان[3]، ولا تصح وصية الاخرس من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرسم[4] وفى السكران وجهان ، وتصح وصية الأخرس بالاشارة ، ولا تصح وصية ممن اعتقل

= مات فله ثوابه . والثانى لا تصح حكاه أبو الخطاب وذكر المجد فى شرحه أنه المنصوص لانه محجور عليه فى تصرفاته قال فى الإنصاف وهذا ضعيف

(تنبيه) محل الخلاف فيما إذا أوصى بمال أما وصيته على أولاده فلا تصح قولا واحدا لانه لا يملك التصرف بنفسه فوصيه أحق وأولى قاله فى المطلع

(١) قوله « ومن الصبى الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية الجماعة وعليه الاصحاب لما روى سعيد أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لاخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاجاز وصيته وروى مالك فى موطأه باسناده عنه نحوه وانتشر ولم ينكر ولانه لا يلحقه ضرر فى عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فانه تفويت لماله

(٢) قوله « ولا تصح الخ » قال أبو بكر لا يختلف المذهب فيه

(٣) قوله « وفيما بينهما روايتان » أى بين السبع والعشر روايتان المذهب أنها تصح لانه عاقل يصح اسلامه ويؤمر بالصلاة لكن قال الحارثى لم أجد هذه الرواية منصوصة عن أحمد ومن الاصحاب كالقاضى وأبى الخطاب وهو ظاهر نقل الميمونى أنه لا يقيد بسن بل إذا عقل تصح منه وعلم منه أنه إذا جاوز العشر قبل البلوغ أنها تصح فى المنصوص وعنه إذا بلغ ثنتى عشرة سنة وهى قول اسحاق وفيه وجه انها لا تصح حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد واصحاب الرأى وهذا فى الصبى وأما الجارية فقد نص فى رواية حنبل أنها إذا بلغت تسع سنين

(٤) قوله « ولا تصح من غير عاقل الخ » أما الطفل ومن له دون سبع سنين والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم فى قول الاكثرين منهم حميد بن عبدالرحمن ومالك والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ومن تبعهم

على قوله « وفى السكران وجهان » * أحدهما لا تصح وهو المذهب

لسانه بها (١) ، ويحتمل أن تصح (٢) . وان وجدت وصيته بخطه صحت (٣)
ويحتمل أن لاتصح حتى يشهد عليها (٤)

---

(١) قوله « ممن اعتقل لسانه » هـــذا المذهب نص عليه وبه قال الثورى والأوزاعى

(٢) قوله « ويحتمل أن تصح » يعنى إذا اتصل بالموت وفهمت اشارته واختاره فى الفائق قال فى الإنصاف وهو الصواب وهو قول الشافعى وابن المنذر قال الحارثى وهو الأولى واستدل له بحديث رض اليهودى رأس الجارية وايمائها

(٣) قوله « وان وجدت وصيته بخطه صحت » أى بخطه الثابت باقرار وارثه أو بينة وهذا المذهب مطلقا نص عليه فى رواية اسحاق بن ابراهيم وفيه وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل مافيها لقوله عليه الصلاة والسلام « ماحق امرئ » الخبر ، فلم يذكر شهادة

(٤) قوله « ويحتمل الخ » هذا رواية عن أحمد وهى قول الحسن وأبى قلابة والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، لأن الحكم لا يجوز برؤيته خط الشاهد بالشهادة فكذا هنا

[فائدتان] إذا كتبها وختمها وأشهد عليه بما فيها لم يصح على المذهب لأن الشاهد لايعلم ما فيها فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضى إلى القاضى وقيل يصح اختاره المصنف والشارح وصاحب الفائق وبه قال عبد الملك بن يعلى ومكحول ونمير بن إبراهيم ومالك والليث والأوزاعى ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار ومعاذ بن معاذ العنبريين وهو مذهب فقهاء أهل البصرة وقضاتهم ، واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ الى عماله وامرائه فى أمر ولايته وأحكامه وسنته ثم عمل به الخلفاء الى عمالهم بالأحكام التى فيها الدماء والفروج والأموال مختومة لايعلم حاملها ما فيها وامضوها على وجهها ، وهذا أولى من المنع لظهور دليله

(الثانية) إذا ثبتت الوصيـــة بشهادة أو اقرار الورثة به فانه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه وان تطاولت مدته وتغيرت أحوال الموصى مثل أن يوصى فى مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاؤه فلا

فصل

والوصية مستحبة لمن ترك خيرا (١) وهو المال الكثير (٢) بخمس ماله، ويكره

= يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام

(١) قوله « والوصية مستحبة الخ » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ﴾ الآية ، نسخ الوجوب وهو المنع من الترك بقي الرجحان وهو الاستحباب ، يؤيده ما روى ابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا يقول الله تعالى « يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك » لكنها تجب على من عليه دين أو واجب غيره فاما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور قال ابن عبد البر : اجمعوا على أن الوصية غير واجبة الا من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير اشهاد ، الا طائفة شذت فأوجبتها . وعنه تجب لكل قريب غير وارث وهذا قول أبي بكر وبه قال داود وحكى ذلك عن مسروق وطاوس واياس وقتادة وابن حرب ، واحتجوا بالآية وقالوا : نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين . ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ، فاما الآية فقال ابن عباس رضى الله عنهما نسخها قوله ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ الآية وقال ابن عمر رضى الله عنهما : نسخها آية الميراث

(٢) قوله « وهو المال الكثير » يعنى فى عرف الناس على الصحيح من المذهب ، لكن اختلف فى مقداره فعن أحمد إذا ترك دون الألف لا تستحب له الوصية فعلم منه أنه إذا ترك الف درهم فصاعدا أنها تسن . وعن على رضى الله عنه أربعمائة دينار ، وفى المغنى والشرح متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية لما علل به النبى ﷺ بقوله « أن تترك ورثتك أغنياء الخ » فعليه يختلف الحال باختلاف الورثة فى كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم

على قوله « بخمس ماله » « روى عن أبي بكر وعلى رضى الله عنهما وهو ظاهر قول السلف لقوله عليه الصلاة والسلام « والثلث كثير » وقال ابن عباس رضى الله عنهما : لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبى ﷺ قال الثلث كثير متفق عليه وأوصى أبو بكر رضى الله عنه وارضاه بالخمس وقال رضيت بما رضى الله به نفسه

لغيره ان كان له ورثة، فاما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله[1]، وعنه لا يجوز إلا الثلث، ولا تجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأجنبي ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة إلا أن يوصى لكل وارث بمعين بقدر

على قوله « فاما من لا وارث له » * أى لفرض أو عصبة أو رحم

(١) قوله « فأما من لا وارث له الخ » اختلفت الرواية عن الامام أحمد رحمه الله تعالى فيمن لم يخلف عصبة ولا ذا فرض فعنه أن وصيته جائزة بكل ماله وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وثبت ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وبه قال عبيدة السلمانى واسحاق وأهل العراق . والثانية لا يجوز الا الثلث وبه قال مالك والاوزاعى وابن شبرمة والشافعى والعنبرى لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته فى أكثر من الثلث . ولنا أن المنع من الزيادة انما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قوله ﷺ انك ان تدع ورثتك أغنياء الخبر . فعلى المذهب لو مات وترك زوجا أو زوجة لا غير وأوصى بجميع ماله ورد بطلت فى قدر فرضه من الثلثين فيأخذ الموصى له الثلث ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقى وهو الثلثان فيأخذ الربع إن كانت زوجة والنصف إن كان زوجا ثم يأخذ الموصى له الباقى من الثلثين وهذا الصحيح من المذهب وقيل لا يأخذ الموصى له مع أحد الزوجين سوى الثلث وقدمه فى الشرح والفائق قلت وهو ظاهر كلام المصنف وغيره حيث قالوا ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأن الوصية تنقص حقه لأنه انما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها ﴾

[فائدة] لو أوصى أحد الزوجين الآخر بماله كله وليس للموصى وارث غيره أخذ الموصى له المال كله إرثا ووصية على الصحيح من المذهب وقيل لا يصح هذا على الرواية الاولى ، وعلى الثانية له الثلث بالوصية ثم فرضه من الباقى والبقية لبيت المال

(فرع) إذا خلف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه وقال أوصيت لفلان بثلثى على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه صح لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق فى الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض

ميراثه فهل يصح ؟ على وجهين[1] ، وان لم يف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وأدخل النقص على واحد بقدر وصيته[2]، وعنه يقدم العتق، وان أجاز الورثة الوصية جازت وإجازتهم تنفيذ فى الصحيح من المذهب لاتفتقر إلى شروط الهبة ولا تثبت أحكامها فيها ، فلو كان المجيز أبا للمجاز له لم يكن له الرجوع فيه ، ولو كان المجاز عتقا كان الولاء للموصى يختص به عصبته ، ولو كان وقفا على المجيزين صح ، وعنه مايدل على أن الإجازة هبة فتنعكس هذه

على قوله « ولا تجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأجنبي » * هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام لسعد حين قال أوصى بمالى كله قال لا قال فالشطر قال لا قال فالثلث قال « الثلث والثلث كثير انك أن تذر ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » متفق عليه

على قوله « ولا لوارثه بشيء » * مطلقا سواء وجدت فى صحة الموصى أو مرضه لقوله عليه الصلاة والسلام « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » رواه الخمسة الا النسائى

على قوله « الا باجازة الورثة » * هذا الصحيح من المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث إلا ان يشاء الورثة » وعنه عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث إلا ان يجيز الورثة » رواهما الدارقطنى

(١) قوله « إلاأن يوصى الخ » الصحيح من المذهب الصحة ولو لم يجز الورثة كرجل خلف ابنا وبنتا وخلف عبدا قيمته مائة وامة قيمتها خمسون فوصى له به ولها بها لان حق الوارث فى القدر لا فى العين

(٢) قوله « وان لم يف الثلث الخ » أى ولم يجز الورثة وهذا الصحيح من المذهب ولو كان عتقا وبه قال ابن سيرين والشعبي وأبو ثور لأنهم تساووا فى الأصل وتفاوتوا فى المقدار فوجب أن يكون كذلك . والثانية يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا روى ذلك عن عمر رضى الله عنه وبه قال شريح ومسروق وعطاء وقتادة والزهرى ومالك والثورى واسحاق لأن فيه حقا لله تعالى وللآدمى فكان آكد ولأنه لا يلحقه فسخ ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه وروى عن الحسن والشافعى كالروايتين

الاحكام ، ومن أوصى له وهو فى الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية له (١) ، وان أوصى له وهو غير وارث فصار وارثا بطلت لان اعتبار الوصية بالموت ، ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصى وما قبل ذلك لاعبرة به ، ومن أجاز الوصية ثم قال إنما أجزت لانى ظننت المال قليلا فالقول قوله مع يمينه ، وله الرجوع بما زاد على ماظنه (٢) فى أظهر الوجهين إلا أن تقوم عليه بينة ، وان كان المجاز عينا فقال

[فائدة] اذا أوصى باعتاق عبده لزم الوارث ويجبره الحاكم إن أبى

(١) قوله « ومن أوصى له وهو فى الظاهر وارث الخ » لانعلم خلافا بين أهل العلم فى أن اعتبار الوصية بالموت ، فلو وصى لثلاثة أخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد له لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب الا باجازة الورثة ، فان ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير اجازة إذا لم تتجاوز الثلث ، وان ولد له بنت جازت الوصية لغير الأخ من الابوين فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما لأن الأخ من الأبوين وارث وبهذا يقول الشافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى لانعلم عن غيرهم خلافهم

على قوله « ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصى » ، فلو أجازوا قبل ذلك أو ردوا أو أذنوا لمورثهم فى صحته أو مرضه بالوصية بجميع ماله أو لبعض الورثة فلهم الرد بعد موته ولا عبرة بما صدر منهم قبل ذلك ، هذا المذهب نص عليه وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وهو قول شريح وطاوس والحكم والثورى والحسن بن صالح والشافعى وأبى ثور وابن المنذر وأبى حنيفة وأصحابه لأنهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم . وقال الحسن وعطاء وحماد بن أبى سليمان والزهرى وربيعة والاوزاعى وابن أبى ليلى ذلك جائز عليهم لأن الحق لهم فاذا رضوا بتركه سقط . وقال مالك ان كان ذلك فى صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان فى مرضه فذلك جائز عليهم واختاره صاحب الرعاية والشيخ تقى الدين

على قوله « ومن أجاز الوصية » ، بزيادة على الثلث أى وكانت جزءاً مشاعا من التركة كنصفها

(٢) قوله « وله الرجوع بما زاد على الخ » أى فاذا أوصى بنصف ماله فاجازه =

ظننت باقى المال كثيرا لم يقبل قوله [1] فى أظهر الوجهين. ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت، فأما قبوله ورده قبل الموت فلا عبرة به، فان مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية [2]، وان ردها بعد موته بطلت أيضا، وان مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه [3]

= الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسمائة لأنه رضى باجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسمائة وكانت ألفا فيرجع بخمسمائة فيحصل للموصى له ألفان وخمسمائة

على قوله « فى أصح الوجهين » وهو المذهب

على قوله « إلا أن يقوم عليه بينة » أو يكون المال ظاهرا لايخفى

(١) قوله « وان كان المجاز عينا الخ » أى كعبد وفرس وكذا لو كان مبلغا معلوما مقدرا كمائة درهم أو عشرة دنانير لم يقبل قوله وهذا المذهب لأن المجاز معلوم لاجهالة فيه، والثانى يقبل قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لو قال ظننت قيمته ألفا فبان أكثر قبل قوله وليس نقضا للحكم بصحة الإجازة ببينة أو اقرار قال وان أجاز وقال أردت أصل الوصية قبل

على قوله « ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول » إلا ان كان الموصى له واحدا كزيد أوجمعا محصورا كأولاد عمرو هذا قول جمهور الفقهاء. قال أحمد رحمه الله تعالى: الهبة والوصية واحد فان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو من لا يمكن حصرهم كبنى تميم أو على مصلحة كمسجد وحج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت

(٢) قوله « وان مات الخ » هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم روى عن على رضى الله عنه وبه قال الزهرى وحماد بن أبى سليمان وربيعة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، وقال الحسن يكون لولد الموصى له

(٣) قوله « وان مات بعده الخ » هذا المذهب لأنه حق ثبت للموروث فينتقل إلى الورثة بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام من ترك حقا فلورثته وكخيار العيب، ثم ان كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم وان رد بعض وقبل بعض ترتب على كل حكمه

ذكره الخرقى ، وقال القاضى تبطل الوصية على قياس قوله [١] وان قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول فى الصحيح [٢] ، فما حدث قبله من نماء منفصل فهو للورثة ، وانكان متصلا تبعها ، وان كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول وأولدها صارت أم ولد له ولا مهر عليه وولده حر لا تلزمه قيمته وعليه قيمتها الموصى له ، وان وصى له بزوجته فأولدها قبل القبول

---

(١) **قوله** « وقال القاضى الخ » وهو رواية لأنها تفتقر إلى القبول فاذا مات قبله بطلت كالهبة . وقال أصحاب الرأى تلزم الوصية فى حق الوارث وتدخل للموصى له فاذا مات بطل خياره ودخل فى ملكه

(٢) **قوله** « وان قبلها بعد الموت الخ » هذا الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق لانها تمليك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود . وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب وقدمه فى الرعاية أنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصى وهو ظاهر مذهب الشافعى لان ماوجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب ولأنه لايجوز أن يثبت الملك فيه للوارث فعلى الأول يكون قبل القبول للورثة على الصحيح من المذهب وقيل يكون على ملك الميت وقال فى القواعد وأكثر الأصحاب قالوا يكون للموصى له وهو قول أبى بكر والخرقى ومنصوص أحمد انتهى

[فائدة] تصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول ان مت فثلثى للمساكين أو لزيد ، والمقيدة أن يقول ان مت من مرضى هذا أو فى هذه البلدة أو فى سفرى هذا فثلثى للمساكين فبرأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة نص عليه وبه قال الحسن والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال مالك إن قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك وان كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها

على **قوله** « من نماء منفصل » * كالولد والثمرة

على **قوله** « فهو للورثة » * لأنه ملكهم فعلى هذا يزكونه

على **قوله** « فوطئها الوارث قبل القبول » * أى قبول الموصى له

على **قوله** « صارت أم ولد له » * لأنه وطىء مملوكته

لم تصر أم ولد له وولده رقيق ، ومن أوصى له بأبيه فمات قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به حينئذ ولم يرث شيئا ، ويحتمل أن يثبت الملك من حين الموت فتنعكس هذه الاحكام

فصـــل

ويجوز الرجوع فى الوصية(١)، فاذا قال قد رجعت فى وصيتى أو أبطلتها ونحو ذلك بطلت ، وان قال فى الموصى به هذا لورثتى أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا،وان وصى به لآخر ولم يقبل ذلك فهو بينهما(٢)

على **قوله** « وولده حر » * لأنه وطئها فى ملكه

على **قوله** « لم تصر أم ولد له » * لأنها لم تصر ملكا له بعد

على **قوله** « وولده رقيق » * لأنه وطىء فى ملك غيره

على **قوله** « فمات » * الموصى له

على **قوله** « عتق الموصى به » * وهو الجد

على **قوله** « حينئذ » * أى حين القبول

على **قوله** « ولم يرث شيئا » * لأنه لم يعتق فى حياته

(١) **قوله** « يجوز الرجوع فى الوصية » اتفق أهل العلم على أن للموصى أن يرجع فى كل ما أوصى به وفى بعضه إلا الوصية بالإعتاق فقد اختلف فيها فالأكثرون على جواز الرجوع فيها روى ذلك عن عمر رضى الله عنه أنه قال يغير الرجل ماشاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، وقال الشعبى وابن سيرين وابن شبرمة والنخعى يغير ماشاء إلا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

على **قوله** « كان رجوعا » * بلا خلاف نعلمه

(٢) **قوله** « وان وصى به الخ » وليس ذلك رجوعا فى الوصية الأولى وبه قال ربيعة ومالك والثورى والشافعى واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأى وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للآخر فيهما لأنه وصى للثانى ==

وان باعه أو وهبه أو رهنه كان رجوعا[1]، وان كاتبه أو دبره أو جحد الوصية فعلى وجهين[2]، وان خلطه بغيره على وجه لايتميز منه أو أزال اسمه فطحن الحنطة أو خبز الدقيق أو جعل الخبز فتيتا أو نسج الغزل أو نجر الخشبة بابا ونحوه أو انهدمت الدار وزال اسمها فقال القاضي هو رجوع، وذكر أبو الخطاب فيه وجهين[3]. وان وصى له بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة

= بما وصى به للأول فكان رجوعا. ولنا أنه وصى بها لهما فاستويا فيها فعلى المذهب بهما مات أو رد قبل موت الموصى كان للآخر قاله الأصحاب فهو اشتراك تزاحم

(١) قوله «وان باعه الخ» هذا المذهب، وكذا لو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو أتلفه أو كان ثوباً ففصله ولبسه أو جارية فاحبلها. وذكره ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه

[فائدتان] لو أوجبه فى البيع أو الهبة فلم يقبل فيهما أو عرضه لبيع أو رهن أو وصى ببيعه أو عتقه أو هبته كان رجوعا على الصحيح من المذهب

(الثانية) لو وصى بثلث ماله ثم باع ماله أو وهبه لم يكن رجوعا لأن الموصى به لا ينحصر فيما هو حاضر بل فيما عند الموت فيعايا بها

(٢) قوله «وان كاتبه الخ» إذا كاتبه أو دبره فالصحيح من المذهب أنه رجوع لان الكتابة والتدبير أقوى من الوصية لانه يتنجز بالموت ويسبق أخذ الموصى له، وأما إذا جحدها فالمذهب أنه ليس برجوع

(٣) قوله «وان خلطه بغيره الخ» اعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لايتميز أو زال اسمه فطحن الحنطه الخ وكذا لو أزال اسمه بنفسه كانهدام الدار أو بعضها فقال القاضي هو رجوع وهو المذهب وبه قال الشافعي، وأما إذا عمل الخبز فتيتا الخ وكذا لو عمل الثوب قميصا أو ضرب النقرة دراهم أو ذبح الشاة أو بنى أو غرس فالصحيح أنه رجوع أيضا وبه قال أصحاب الرأى والشافعي فى ظاهر مذهبه

على قوله «فقال القاضي هو رجوع» لأنه أزال اسمه وأخرجه عن دخوله فى الاسم الدال على الموصى به

على قوله «لم يكن رجوعا» لأنه كان مشاعا وبقى على اشاعته وسواء خلطها بمثلها أو دونها أو خير منها

باخرى لم يكن رجوعا ، وان زاد فى الدار عمارة أو انهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له ؟ على وجهين (١) . وان وصى لرجل ثم قال ان قدم فلان فهو له فقدم فى حياة الموصى فهو له ، وان قدم بعد موته فهو للاول فى أحد الوجهين ، وفى الآخر هو للقادم

فصل

وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم

---

(١) قوله « وان زاد فى الدار عمارة الخ » إذا زاد الموصى فى الدار عمارة لم يستحق الموصى له العمارة وتكون العمارة للوارث لأن الزيادة لم توجد حين العقد فلم تدخل فى الوصية . وأما المنهدم المنفصل من الدار قبل قبول الوصية فانه يكون للموصى له عند قبول الوصية لان الأنقاض منها

[فائدة] إذا أوصى له بدار دخل فيها ما يدخل فى البيع

[فائدة] إذا علق الوصية على صفة بعد موته فان كان يرتقب وقوعها كقوله أوصيت له بكذا إذا مر شهر بعد موتى أو قال وصيت لفلانة بكذا إذا وضعت بعد موتى صح التعليق لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» وثبت عن غير واحد من الصحابة رضى الله عنهم تعليقها . فان كانت الصفة لا يرتقب وقوعها بعد الموت ففى التعليق عليها نظر والأولى عدم جوازه لما فيه من اضرار الورثة بطول الانتظار لا إلى أمد يعلم (*) يستقر الضمان على الورثة بمجرد موت مورثهم على الصحيح من المذهب قال الإمام أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل ترك مائتى دينار وعبدا قيمته مائة وأوصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصى له وذهبت دنانير الورثة

على قوله « فهو له » ، لأنه جعل له بشرط قدومه وقد وجد وسواء عاد إلى الغيبة أو لم يعد وهذا المذهب

على قوله « فى أحد الوجهين » ، وهو المذهب لأنه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط

(*) بياض بالاصل ولعله (فائدة)

يوص(١) ، فان وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقى ، وان قال أخرجوا الواجب من ثلثى فقال القاضى يبدأ به (٢) فان فضل من الثلث شىء فهو لصاحب التبرع وإلا بطلت وصيته ، وقال أبو الخطاب : يزاحم به أصحاب الوصايا ، فيحتمل على هذا أن يقسم الثلث بينهما أو يتمم الواجب من رأس المال فيدخله الدور ، فلو كان المال ثلاثين والواجب عشرة والوصية عشرة جعلت تتمة الواجب شيئا يكن الثلث عشرة إلا ثلث شىء بينهما للواجب خمسة إلا سدس شىء يضم اليه شيئا يكن عشرة فتجبر الخمسة بسدس شىء من الشىء يبقى خمسة أسداس شىء يعدل خمسة فالشىء ستة ويحصل للوصى الآخر أربعة

باب الموصى له

تصح الوصية لكل من يصح تمليكه من مسلم وذمى (٣)

---

(١) قوله « وتخرج الواجبات الخ » أى كقضاء الدين والزكاة والحج وهذا الصحيح من المذهب لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ ولقول على «قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية »رواه الترمذى وقد حكى القرطبى الاجماع على تقديم الدين على الوصية إلا ما حكى عن أبى ثور أنه قدمها عليه حكاه العبدرى ونقل ابن ابراهيم فى حج لم يوص به وزكاة وكفارة من الثلث

[فائدتان] إذا لم يف ماله بالواجب الذى عليه تحاصوا على الصحيح من المذهب مطلقا وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه وعنه تقدم الزكاة على الحج ونقل عبد الله يبدأ بالدين

(الثانية) المخرج لذلك وصيه ثم وارثه ثم الحاكم على الصحيح من المذهب نص عليه . فان أخرجه من لا ولاية له من ماله بأذن أجزأ وإلا فوجهان ، قال فى الإنصاف والصواب الإجزاء

(٢) قوله « وإن قال أخرجوا الواجب من ثلثى الخ » المذهب ماقاله القاضى لأن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع فاذا عينه فى الثلث وجب البداءة به وما فضل للتبرع فان لم يفضل شىء سقط لأنه لم يوص له بشىء إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصى له به

(٣) قوله « من مسلم وذمى » أما صحة الوصية للمسلم والذمى فلا نعلم فيه =

ومرتد وحربي [١] ، وقال ابن أبي موسى : لا تصح لمرتد [٢] وتصح لمكاتبه ومدبره [٣] وأم ولده [٤] وتصح لعبد غيره [٥]

= خلافا لقوله تعالى ﴿ إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا ﴾ قال محمد بن الحنفية هو وصية المسلم لليهودي والنصراني وعلم منه صحتها من الذمي للمسلم من باب أولى لكن إذا كان معينا أما غير المعين كاليهود والنصارى ونحوهم فلا يصح

(١) قوله « وكذلك الحربي » ونص عليه ولو في دار الحرب وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي . وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ الآية . ولنا أنه ﷺ أعطى عمر رضي الله عنه حلة حرير فقال يارسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت ؟ فقال إني لم اعطكها لتلبسها فكساها عمر رضي الله عنه أخا له مشركا بمكة ولحديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما . والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فاما المقاتل فانما نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة . ثم قد حصل الإجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها

(٢) قوله « والمرتد » هذا الصحيح من المذهب

[فائدة] لا تصح لكافر بمصحف ولا بعبد مسلم

(٣) قوله « وتصح لمكاتبه ومدبره » هذا الصحيح من المذهب لان المكاتب مع الموصى كالاجنبي في المعاملات ويملك المال بالعقد وتصح لمكاتب وارثة ومكاتب أجنبي والمدبر يصير حرا حين لزوم الوصية

[فائدة] لو ضاق الثلث عن المدبر وعن وصيته بدأ بنفسه فيقدم عتقه على وصيته على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وأم ولده » بلا نزاع لما روى سعيد أن عمر رضي الله عنه وصى لأمهات أولاده لكل واحدة بأربعة آلاف وروى من عمران بن حصين رضي الله عنهما وغيره من التابعين وغيرهم وبه قال ميمون بن مهران والزهري ويحيى الانصاري ومالك والشافعي وإسحاق لأنها حرة حين لزوم الوصية

(٥) قوله « وتصح لعبد غيره الخ » هذا المذهب ، وهذا قول أهل العراق والشافعي ، وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على اجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة

فاذا قبلها فهى لسيده وتصح لعبده بمشاع كثلثه (١) فاذا وصى له بثلثه عتق وأخذ الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، وان وصى له بمعين أو بمائة لم يصح (٢). وحكى عنه أنه يصح . وتصح للحمل إذا علم أنه كان موجودا حين الوصية (٣) بان تضعه لأقل من ستة أشهر ان

---

(١) قوله « وتصح لعبده الخ » هذا المذهب فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة ، إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سعى فى قيمة باقيه وقال الشافعى الوصية باطلة لأنه أوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين . ولنا أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحقه لأنه يصير حرا فيملك الوصية فكأنه قال اعتقوا عبدى من ثلثى وأعطوه ما فضل منه . وفارق ما إذا أوصى له بمعين فانه لا يتناول شيئا منه

على قوله « عتق » « كما إذا كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة أو دونها عتق لأنه ملك من كل جزء من المال ثلثه مشاعا ومن جملته نفسه فيملك ثلثها وإذاً يعتق ذلك الجزء لتعذر ملك نفسه ويسرى إلى بقيته كما لو اعتق بعض عبده بل أولى

على قوله « عتق منه بقدر الثلث » « ولا يعتق منه أكثر من ذلك لأن الوصية لاتنفذ فى الزائد على الثلث إلا باجازة الورثة ، وعلم مما سبق أنه لو أوصى له بنفسه أو رقبته أنه يصح ويعتق بقبوله إن خرج من ثلثه وإلا اعتق منه بقدره

(٢) قوله « وان وصى له بمعين لم يصح » هـــذا المذهب وبه قال الثورى وأصحاب الرأى والشافعى وإسحاق لانه يصير ملكا للورثة فما وصى له به فهو لهم فكأنه وصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه . وعنه يصح وهو قول مالك وأبى ثور قال الحارثى وهو المنصوص كالمشاع فعليها يشترى من الوصية ويعتق وما بقى فهو له جزم به فى الكافى وغيره

(٣) قوله « وتصح للحمل الخ » لا نعلم فى صحة الوصية للحمل خلافا وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمـــى الله =

كانت ذات زوج أو سيد يطأها أو لأقل من أربع سنين ان لم يكن كذلك في أحد الوجهين . وان وصى لمن تحمل هذه المرأة[1] لم يصح وان قتل الوصي الموصي بطلت وصيته[2] وان جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل

= تعالى الميراث وصية بقوله تعالى ﴿ يوصيكم الله في أولادكم ﴾ الآية والحمل يرث فتصح الوصية له ويثبت الملك للحمل من حين قبول الولي ، لكن هل الوصية تعليق له على خروجه حيا ؟ وهو اختيار القاضي وابن عقيل في بعض كلامه وهو الصحيح من المذهب ، فعلى المذهب ان انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية لانتفاء أهلية الملك ولا فرق في ذلك بين موته بجناية جان أو غيرها لانتفاء إرثه أو يثبت الملك من حين موت الموصي وقبول الولي

على قوله « ان لم يكن كذلك » يعني إن لم تكن ذات زوج ولا سيد يطأها وهذا المذهب ، وهذا مبني على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين وهو المذهب على ما يأتي مصرحا به في كلام المصنف في أول كتاب العدد

(١) قوله « وان وصى لمن تحمل الخ » هذا المذهب لان الوصية تمليك فلا يصح للمعدوم بخلاف الموصى به فانه تمليك فلم يعتبر وجوده ، وقيل يصح كما يصح بما تحمل هذه الجارية

[فائدة] لو وصى بثلثه لأحد هذين أو قال لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك لم تصح الوصية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقيل يعين بقرعة قطع به في القواعد قال في الإنصاف وهو الصواب قال في القواعد محل الخلاف إذا لم تكن قرينة فان كان ثم قرينة أو غيرها أنه أراد معينا منهما وأشكل علينا معرفته فهنا تصح القرعة بلا تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة في قياس المذهب

(٢) قوله « وان قتل الوصي الخ » هذا المذهب وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ونص عليه في المدبر لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد منها فالوصية أولى وقال ابن حامد تجوز الوصية واحتج بقول أحمد رحمه الله تعالى فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح فقال يعتبر من ثلثه وهذه وصية للقاتل وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وهو اظهر قولي الشافعي لأن الهبة له تصح فصحت الوصية

على قوله « وان قتل الوصي الموصي » ولو خطأ

الوصية فى ظاهر كلامه [١] , وقال أصحابنا فى الوصية للقاتل روايتان [٢] وان وصى لصنف من أصناف الزكاة أو جميع الاصناف صح ويعطى كل واحد منهم القدر الذى يعطى من الزكاة ، فان وصى لـكتب القرآن والعلم أو لمسجد أو لفرس حبيس ينفق عليه صح ، وان مات الفرس رد الموصى به أو باقيه إلى الورثة [٣] وان وصى فى أبواب البر صرف فى القرب [٤] وقيل عنه يصرف

---

(١) قوله « وان جرحه الخ » هذا المذهب لأنها بعد الجرح صدرت من أهلها فى محلها

(٢) قوله « وقال أصحابنا الخ » إحداهما لا تصح سواء وصى له ثم قتله أو جرحه جرحا صالحا ثم وصى له لأنه قاتل فبطلت كالميراث ، والثانية بلى كالهبة

على قوله « ويعطى كل واحد منهم القدر الذى يعطاه من الزكاة » وهذا المذهب

(٣) قوله « وان مات الفرس الخ » هذا المذهب نص عليه لأنه لما بطل محل الوصية وجب الرد إلى الورثة كوصية بعتق عبد زيد فتعذر أو شراء عبد بألف أو عبد زيد بها فى المنصوص فيه فاشتروه بدونها ومقتضاه أنه لايصرف إلى فرس آخر حبيس فى المنصوص

[مسائل] إذا أوصى بخدمة عبده سنة ثم هو حر صحت الوصية ، فلو ردها أو وهب الخدمة عتق فى الحال وفى المغنى والشرح خلافه . وان أوصى بعتق نسمة بألف فاعتقوا نسمة بخمسمائة لزمهم عتق أخرى بخمسمائة فى الأصح . وان قال أربعة بكذا جاز الفضل بينهما ما لم يسم ثمنا معلوما نص عليه ولو وصى أن يشترى فرسا للغزو بعمين فاشتراه بأقل منه فباقيه نفقة لا ارث فى المنصوص

(٤) قوله « صرف فى القرب » هذا المذهب لأن اللفظ للعموم فيجب الحمل عليه ولا يجوز التخصيص إلا بدليل

[فائدتان] لو قال ضع ثلثى حيث أراك الله تعالى فله صرفه فى أى جهة من جهات القرب والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع فان لم يجد فالى جيرانه

فى أربع جهات : فى أقاربه والمساكين والحج والجهاد ، وعنه فداء الأسرى مكان الحج . وان وصى أن يحج عنه بألف صرف فى حجة بعد أخرى حتى ينفد[1] ويدفع إلى كل واحد قدر مايحج به وان قال حجوا عنى حجة بألف دفع الكل إلى من يحج به[2] ، فان عينه فى الوصية فقال يحج عنى فلان بألف فأبى الحج وقال اصرفوا لى الفضل لم يعطه وبطلت الوصية فى حقه[3] وان وصى

(الثانية) لا يشترط فى صحة الوصية القربة على الصحيح من المذهب خلافا للشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فلهذا قال : لو جعل الكفر أو الجهل شرطاً فى الاستحقاق لم يصح

(١) قوله « وان أوصى أن يحج عنه بألف الخ » هذا المذهب لأنه وصى بها فى جهة قربة فوجب صرفه فيها . وعنه لا يصرف منها سوى مؤنة حجة واحدة والبقية ارث . فعلى المذهب إن لم تكف الالف أو البقية بعد الإخراج حج به من حيث يبلغ نص عليه وقيل يعان به فى حجة

[فائدتان] إذا كان الحج تطوعاً أجزأ أن يحج عنه من الميقات على الصحيح وقيل لا يجزئ إلا من محل وصيته كحجه بنفسه وجزم به فى الكافى

(الثانية) إذا كان الموصى قد حج حجة الإسلام كانت الالف من ثلث ماله وان كانت عليه حجة الإسلام فنفقتها من رأس المال والباقى من الثلث

(٢) قوله « وان قال يحج عنى حجة الخ » هذا المذهب لأنه أوصى بها فى حجة واحدة فوجب أن يعمل بها . فان فضل منها فضل فهو لمن يحج لأنه قصد ارفاقه فكأنه صرح به

(٣) قوله « فان عينه الخ » يعنى بطلت الوصية من أصلها إذا كان الحج تطوعا وهذا أحد الوجهين لأن الموصى له لم يقبلها بامتناعه من فعلها أشبه ما لو أوصى له بمال فرده . والوجه الثانى تبطل فى حقه لا غير ويحج عنه باقل ما يمكن من نفقة أو أجرة والبقية للورثة وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب

[تنبيه] محل الخلاف إذا كان الموصى قد حج حجة الإسلام أما إذا لم يكن حج حجة الإسلام وأبى من عينه فانه يقام غيره بنفقة المثل والفضل للورثة ولا تبطل قولا واحدا

لاهل سكته فهو لاهل دربه [١] ، وان وصى لجيرانه تناول أربعين دارا من كل جانب [٢] ، وقال أبو بكر مستدار أربعين دارا . وان وصى لاقرب قرابته

[فوائد] لو قال يحج عنى زيد بألف فما فضل فهو وصية له إن حج ولا يعطى إلى أيام الحج قاله أحمد رحمه الله تعالى

(الثانية) لا يصح أن يحج وصى باخراجها نص عليه قال لأنه منفذ فهو كقوله تصدق عنى به لا يأخذ منه

(الثالثة) لا يحج وارث على الصحيح من المذهب نص عليه واختار جماعة من الأصحاب بل يحج إن عينه ولم يزد على نفقته

(الرابعة) لو أوصى بثلاث حجج إلى ثلاثة فى عام واحد صح وأحرم النائب بالفرض أولا إن كان عليه فرض

(الخامسة) لو أوصى بثلاث حجج لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه فى عام واحد ونقل الحارثى عن القاضى وابن عقيل والسامرى صحة صرف ثلاث حجج فى عام واحد قال وهو أولى

(١) قوله « فهو لأهل دربه » هذا المذهب لأن السكة الطريق والدرب طريق مضاف اليه وحينئذ يعطى من كان ساكنا وقت الوصية نص عليه ، وقال فى المغنى ويستحق أيضاً لو طرأ إلى السكة بعد الوصية

(٢) قوله « وان وصى لجيرانه الخ » هــذا المذهب نص عليه وبه قال الأوزاعى والشافعى ونقل ابن منصور لا ينبغى أن يعطى هنا الا الجار الملاصق وهو قول أبى حنيفة لأن النبى ﷺ قال الجار أحق بصقبه يعنى الشفعة وانما يثبت للملاصق . ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا » رواه أحمد وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح والا فالجار المقارب ويرجع فيه الى العرف قاله فى الشرح قال فى الإنصاف وهو الصواب

على قوله « وان وصى لأقرب قرابته » أو لأقرب الناس اليــه أو أقربهم رحما

وله أب وابن فهما سواء [١] ، والأخ والجد سواء [٢] ، ويحتمل تقديم الابن على الاب والاخ على الجد والاخ من الاب والاخ من الام سواء [٣] والاخ من الابوين أحق منهما [٤]

---

(١) قوله « وإن وصى لأقرب قرابته الخ » هذا المذهب لأن كل واحد منهما يدلى بنفسه من غير واسطة فان كان أحدهما تعين بلا شك

(٢) قوله « والأخ والجد الخ » هذا المذهب لأن كل واحد منهما يدلى بالأب من غير واسطة

(٣) قوله « والأخ من الأب الخ » هـذا المذهب لأنهما فى درجة واحدة لا يقال كيف سوى بينهما إذ لو أوصى لقرابته لم يدخل فيها ولد الأم على المذهب ومن لا يدخل فى القرابة لا يدخل فى أقرب القرابة لأن ذلك مخرج على الرواية الاخرى كما ذكره فى المغنى لا على المذهب

(٤) قوله « والأخ من الأبوين الخ » هذا المذهب لان له قرابتين

[تنبيه] البنت كالابن والجد أبو الأب وأبو الأم وأم الأب وأم الأم كلهم سواء ذكره فى المغنى ويحتمل تقديم أبى الأب على أبى الأم لأنه يسقطه ثم بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والاناث . وفى أولاد البنات وجهان بناء على الوقف ثم بعد الأولاد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب لأنهم العمود الثانى ثم الاخـوة والأخوات ثم ولدهم وان سفلوا ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا بعدم دخول ولد البنات . والعم من الأب والعم من الأم سواء وفيه احتمال وكذلك ابناؤهما على الترتيب ذكره القاضى

[فائدة] الأب أولى من ابن الأب على الصحيح من المذهب وقدم فى الترغيب أن ابن الابن أولى

[فائدة] يستوى جداه وعماه كأبويه على الصحيح من المذهب ، وقيل يقدم جده وعمه لأبيه

على قوله « أحق منهما » قال فى الفروع ويتوجه رواية أنه كأخيه لأبيه لسقوط الأمومة كالنكاح وجزم به فى التبصرة واختاره الشيخ تقى الدين ذكره عنه فى القواعد فى الوقف

فصل

ولا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار ولا لكتب التوراة والانجيل ولا لملك ولا لميت ولا لبهيمة ، وان وصى لحى وميت يعلم موته فالكل للحى[1] ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف[2] فان لم يعلم فللحى نصف الموصى به ، وان وصى لوارثه وأجنبي بثلث ماله فرد الورثة فللاجنبي السدس ، وإن وصى

على قوله « ولا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار » . ولا لعمارتهما والانفاق عليهما وبه قال الشافعي لأن ذلك معصية وسواء كان الموصى مسلماً أو ذميا

على قوله « ولا لبهيمة » . لأنه تمليك فلم يصح لهم كالهبة وكذلك الميت وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك إن علم أنه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لأن الغرض نفعه بها فاشبه ما لو كان حيا

[تنبيه] قوله « ولا لبهيمة » إن وصى لفرس حبيس صح إذا لم يقصد تمليكه كما صرح به المصنف قبل ذلك وان وصى لفرس زيد صح ولزم بدون قبول صاحبها ويصرفها في علفه ومراد المصنف هنا تمليك البهيمة

(١) قوله « وان وصى لحى وميت الخ » ذكر ابن المنجا أن هذا المذهب لأنه لما أوصى بذلك مع علمه بموته فكأنه قصد الوصية للحى وحده كما لو صرح به

(٢) قوله « ويحتمل الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة واسحاق والبصريون لأنه أضاف الوصية اليهما ، فاذا لم يكن أحدهما محلا للتمليك بطل في نصيبه

[فوائد] لو وصى له ولجبريل أو له وللحائط بثلث ماله كان له الجميع على الصحيح من المذهب نص عليه

(الثانية) لو وصى له وللرسول بثلث ماله قسم بينهما نصفين على الصحيح من المذهب نص عليه ويصرف ما للرسول في المصالح

(الثالثة) لو وصى له ولله تعالى قسم بينهما نصفين

(الرابعة) لو وصى لزيد والفقراء بثلثه قسم بين زيد والفقراء نصفين

لها بثلثي ماله فكذلك عند القاضي ، وعند أبي الخطاب له الثلث كله ، وإن وصى بماله لابنيه وأجنبي فردا وصيته فله التسع عند القاضي [١] وعند أبي الخطاب له الثلث ، وان وصى لزيد وللفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسع [٢]

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع[٣] ، وبالمعدوم كالذي تحمل أمته أو شجرته

على قوله « فكذلك عند القاضي » يعني إذا رد الورثة نصف الوصية وهو ما جاوز الثلث من غير تعيين فيكون للأجنبي السدس والسدس للوارث وهذا المذهب وهو قول مالك والشافعي فلو عين الورثة بالرد نصيب الوارث كان للأجنبي الثلث كاملا على الصحيح من المذهب فلو أجازوا للوارث وحده فله الثلث وحده بلا نزاع ، وكذا ان اجيز للأجنبي وحده فله الثلث على الصحيح من المذهب ، فلو ردوا وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فله السدس على الصحيح من المذهب

(١) قوله « فله التسع عند القاضي » هذا الصحيح من المذهب لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث والموصى له اثنان واجنبي فيكون للأجنبي التسع وهو ثلث الثلث

(٢) قوله « فلزيد التسع » هذا المذهب لانه وصى لثلاث جهات فوجب التسوية

(٣) قوله « تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه الخ » أي لأنها إذا صحت بالمعدوم فهذا أولى ولانها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به وللوصى السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث ولا فرق في الحمل بين أن يكون رقيقا أو حمل بهيمة مملوكة له لان الغرر لا يمنع الصحة فان انفصل ميتا بطلت وإن خرج حيا وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت وان لم يكن كذلك فلا. ويعتبر امكان الموصى به فلو أوصى بما تحمل أمته العقيم أو بألف

أبدا(١) أو فى مدة معينة(٢) فان حصل منه شيء فهو له وإلا بطلت الوصية (٣) وان وصى له بمائة لا يملكها صح ، فان قدر عليها عند الموت أو على شيء منها وإلا بطلت الوصية . وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال (٤) كالكلب والزيت النجس ، فان لم يكن للموصى مال فللموصى له ثلث ذلك وان كان له مال فجميع ذلك للموصى له وان قل المال فى أحد الوجهين وفى الآخر له ثلثه(٥). وان لم يكن له كلب لم تصح الوصية به، ولا تصح الوصية بما لا نفع فيه كالخمر والميتة ونحوها ، وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة ويعطى مايقع

= قنطار من شجرة معينة قال فى الترغيب وغيره واختصاصه به فلو وصى بمال غيره لم يصح ولو ملكه بعد لأن الوصية لم تنعقد

(١) **قوله** « وبالمعدوم الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه يملك بالسلم والمساقاة لجاز ان يملك بالوصية

على **قوله** « أبداً » « أى يكون ذلك للموصى له على التأبيد

(٢) **قوله** « أو فى مدة معينة » أى كسنة ما عداها معرفا أو منكرا ولا يلزم الوارث السقى لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف مشتر

(٣) **قوله** « وإلا بطلت » أى لأنها لم تصادف محلا كالوصية بثلثه ولم يخلف شيئا

[فائدة] تصح الوصية باناء ذهب أو فضة وبزوجته أى له أمة فيوصى بها لزوجها وينفسخ نكاحه وقت ثبوت ملكه لها

على **قوله** « صح » « إذ غايته أنها معدومة والوصية به صحيحة

(٤) **قوله** « وتصح بما فيه نفع الخ » أى لأنه مباح اقتناؤه للصيد والماشية والحرث

على **قوله** « فللموصى له ثلث ذلك » « يعنى إذا لم يجز الورثة

(٥) **قوله** « وفى الآخر له ثلثه » وهذا المذهب وإن كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس فى التركة شيء من جنس الموصى به

عليه الاسم[1] فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة فى العرف للانثى والبعير والثور هو فى العرف للذكر وحده وفى الحقيقة للذكر والانثى غلب العرف[2] وقال أصحابنا تغلب الحقيقة[3] والدابة اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير[4] وان وصى له بغير معين كعبد من عبيده صح ويعطيه الورثة

[فوائد] الكلب المباح النفع كلب الصيد والماشية والزرع لاغير على الصحيح من المذهب وقيل أو بستان وقيل وكلب البيوت أيضا وهو احتمال للمصنف

(الثانية) تقسم الكلاب المباحة بين الورثة والموصى له والموصى لهما بالعدد فان تشاحوا فبقرعة

(الثالثة) لو أوصى له بكلب وله كلاب قال فى الرعاية له أحدها بالقرعة وعنه بل ماشاء الورثة قال فى الإنصاف وهو الصواب

[تنبيه] أفادنا المصنف بقوله وتصح بما فيه نفع مباح كالزيت أن ذلك على القول بجواز الاستصباح وهو المذهب ، أما على القول بعدم الجواز فلا تصح الوصية به

(١) **قوله** « وتصح بالمجهول الخ » هذا بلا نزاع لأنه إذا صحت بالمعدوم فالمجهول أولى ولأنه ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به وبه قال مالك والشافعى

(٢) **قوله** « فان اختلف الاسم بالحقيقة ـ الى قوله ـ غلب العرف » أى فى اختيار المؤلف وغيره لأن الظاهر ان المتكلم انما يتكلم بعرفه ولأنه المتبادر الى الفهم

(٣) **قوله** « وقال اصحابنا الخ » وهذا المذهب لأنها الاصل ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ فعلى هذا إذا وصى له بشاة تناول الذكر والانثى والضأن والمعز والكبيرة والصغيرة لأن اسم الشاة يتناول ذلك كله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « فى أربعين شاة شاة » وقال المؤلف لايتناول الا انثى كبيرة إلا أن يكون فى بلد عرفهم يتناول ذلك

(٣) **قوله** « والدابة الخ » هذا المذهب لان ذلك هو المتعارف فان قرن به مايصرفه إلى احدها كقوله دابة يقاتل عليها انصرف إلى الخيل ، وأن قال ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر

ماشاؤا منهم[١] فى ظاهر كلامه وقال الخرقى يعطى واحداً بالقرعة فان لم يكن له عبيد لم تصح فى أحد الوجهين [٢] وتصح فى الآخر ويشترى له ما يسمى عبدا[٣] وان كان له عبيد فماتوا الا واحدا تعينت الوصية فيه[٤] وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم على قاتله[٥]، وان وصى له بقوس وله أقواس الرمى والبندق والندف فله قوس النشاب لانه أظهرها إلا أن تقترن به قرينة تصرف إلى

---

(١) قوله « وان وصى له بغير معين الخ » هذا احدى الروايتين وهو المذهب [فائدة] قال القاضى فى هذه المسئلة يعطيه الورثة ما شاءوا من عبد أو أمة قال فى الانصاف وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب وقال المصنف الصحيح عندى أنه لا يستحق إلا ذكرا

على قوله « فى ظاهر كلامه » وهو المذهب وهو قول الشافعى

على قوله « وقال الخرقى يعطى واحدا بالقرعة وقال مالك قولا يقتضى أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وان كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال إذا وصى بعشر من إبله وهى مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق على ذلك

(٢) قوله « فان لم يكن له عبيد لم تصح الخ » هـــذا المذهب لأن الوصية تقتضى عبدا من الموجودين حال الوصية اشبه ما لو أوصى له بما فى الكيس ولا شىء فيه أو بداره ولا دار له

(٣) قوله « وتصح فى الآخر الخ » لأن الاسم يتناوله فيخرج به عن عهدة الوصية ، وكقوله عبد من مالى فعلى المذهب لو ملك عبيدا قبل موته فهل تصح الوصية ؟ فيه وجهان

(٤) قوله « وان كان له عبيد فماتوا الخ » وكذا لو لم يكن له إلا عبد واحد وهـــذا المذهب لأنه لم يبق غيره وقد تعذر تسليم الباقى وهذا ان حمله الثلث ولو تلف رقيقه كلهم قبل موت الموصى بطلت الوصية ولو تلفوا بعد موته من غير تفريط فكذلك

(٥) قوله « وان قتلوا الخ » يعنى إما باختيار الورثة أو بالقرعة على الخلاف المتقدم ، وهذا إذا قتلوا بعد موت الموصى

غيره ، وعند أبي الخطاب له واحد منهما كالوصية بعبد من عبيده ، وان وصى له بكلب أو طبل وله منها مباح ومحرم انصرف الى المباح ، وان لم يكن له إلا محرم لم تصح الوصية،وتنفذ الوصية فيما علم من ماله وما لم يعلم[1] وإذا وصى بثلثه فاستحدث مالا دخل ثلثه فى الوصية[2]، وان قتل وأخذت ديته فهل تدخل الدية فى الوصية ؟ على روايتين[3] . وان وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل تحسب الدية على مورثه من الثلثين ؟ على وجهين[4]

---

(١) قوله « وتنفذ الوصية الخ » بمعنى أن وصيته تنفذ فى ثلث الموجود وان جهله وهذا المذهب ، وعنه إن علم به وبه قال مالك وحكى ذلك عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة إلا فى المدبر فانه يدخل فى كل شىء والأول أولى لأن الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه مالا يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلثه

(٢) قوله « وإذا وصى بثلثه الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد فى أنه يعتبر ثلث الجميع وممن قال ذلك النخعى والاوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لانه من ماله يرثه ورثته وتقضى منه ديونه

(٣) قوله « وان قتل الخ » إحداهما وهى المذهب تدخل ديته مطلقا وروى عن على رضى الله عنه فى دية الخطأ مثل ذلك وهو قول الحسن ومالك لانها تجب للميت بدل نفسه ونفسه له قال أحمد رحمه الله تعالى قضى النبى ﷺ أن الدية ميراث والثانية لاتدخل وروى ذلك عن مكحول وشريك وأبى ثور وداود وهو قول اسحاق وقاله مالك فى دية العمد لان الدية لا تجب للورثة إلا بعد موت الموصى لان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لايتقدم سببه

(٤) قوله « وان وصى بمعين الخ » هما مبنيان على الروايتين فعلى الاولى تحتسب الدية من ماله فان كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية وإلا أخرج منه قدر ثلثها ، وعلى الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من تلاد ماله دون ديته بناء على أن الدية ليست من ماله فيختص بها الورثة

فصـــل

وتصح الوصية بالمنفعة المفردة(١) فلو وصى لرجل بمنافع أمته أبدا أو مدة معينة صح، وإذا وصى بها أبدا فللورثة عتقها وبيعها، وقيل لايصح بيعها إلا لمالك نفعها، ولهم ولاية تزويجها (٢) وأخذ مهرها فى كل موضع وجب لان

---

(١) قوله « وتصح الوصية بالمنفعة الخ » وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وثمرة بستان أو شجره سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة فى الزمان كله بلا نزاع فى المذهب وهو قول الجمهور منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالاعيان ويعتبر خروج ذلك نص عليه فى سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها وان لم تخرج من الثلث اجيز منها بقدر الثلث . وقال مالك إذا وصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين ثلث المال وقال أصحاب الرأى وأبو ثور إذا أوصى بخدمة عبده سنة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إذا خرجت من الثلث أو بقدر ماخرج من الثلث منها ، فان أريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقـوم المنفعة فى تلك المـدة التى أوصى له فينظركم قيمتها

[فائدة] إذا أراد الموصى له بمنفعة العبد أو الدار اجارة العبد أو الدار فى المدة التى أوصى له بنفعها فله ذلك وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا تجوز إجارتها لانه أوصى له باستيفائها . ولنا أنها منفعة يملكها ملـكا تاما فلك أخذ العوض عنها كالإجارة ، وإن أراد الموصى له اخراج العبد عن البلد فله ذلك ، وقال أصحاب الرأى لايخرجه

على قوله « فللورثة عتقها » ، بلا نزاع لإنها مملوكة لهم ومنافعها للموصى له فان اعتقها صاحب المنفعة لم تعتق لانه لا يملك الرقبة

على قوله « وبيعها » ، أى مسلوبة المنفعة ، ويقوم المشترى مقام البائع فيما له وعليه

(٢) قوله « ولهم ولاية تزويجها » والصحيح من المذهب أن وليها مالك =

منافع البضع لاتصح الوصية بها ، وقال أصحابنا مهرها للوصى[١] وان وطئت بشبهة فالولد حر[٢] وللورثة قيمة ولدها عند الوضع على الواطىء.[٣] وان قتلت فلهم قيمتها فى أحد الوجهين [٤] وفى الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها ، وللوصى استخدامها وإجارتها وإعارتها وليس لواحد منهم وطئها [٥] ، وان ولدت من زوج أو زنا فحكمه حكمها [٦] وفى نفقتها ثلاثة أوجه : أحدها أنه

= رقبتها فعلى المذهب لا يزوجها إلا باذن مالك المنفعة

(١) قوله « وقال أصحابنا الخ » وهذا المذهب لانه من منافعها

(٢) قوله « والولد حر » وهذا المذهب لأن وطء الشبهة يكون الولد فيه حرا لاعتقاد الواطىء أنه وطء فى ملك كالمغرور بأمة

(٣) قوله « وللورثة الخ » وهذا المذهب لأنه امتنع رقه فوجب جبر مافات من رقه

(٤) قوله « وان قتلت فلهم قيمتها الخ » وهذا المذهب لأن الاتلاف صادف الرقبة وهم ما لكوها وفوات المنفعة حصل ضمنا وتبطل وصيته كالإجارة. والوجه الثانى اختاره القاضى والمصنف وغيرهما لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل سبب استحقاقها

(٥) قوله « وليس لواحد منهما وطئها » هذا المذهب لان مالك المنفعة ليس بزوج ولا مالك للرقبة والوطء لايباح بغيرهما ومالك الرقبة لايملكها ملكا تاما ولا يؤمن أن تحمل منه وربما أفضى الى هلاكها لكن أيهما وطئها فلا حد عليه لأنه وطء شبهة لوجود الملك لكل منهما فان ولدت فهو حر فان كان الواطىء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له لانه لايملكها وعليه قيمة ولدها عند الوضع كما تقدم ، وان كان مالك الرقبة صارت أم ولد له

(٦) قوله « وان ولدت الخ » أى لأن الولد يتبع الأم فى حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ، وقيل هو لمالك الرقبة لأنه ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها قال فى الانصاف وهو المذهب على ما اصطلحناه

فى كسبها ، والثانى على مالكها [1]، والثالث على الوصى [2] . وفى اعتبارها من الثلث وجهان: أحدهما تعتبر جميعها من الثلث [3]، والثانى تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما [4]. وإن وصى لرجل برقبتها ولآخر بمنفعتها صح وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا [5]. وان وصى لرجل بمكاتبه صح ويكون كما لو اشتراه . وان وصى له بمال الكتابة أو بنجم منها صح [6]. وان وصى برقبته لرجل وبما عليه لآخر صح ، فان أدى عتق وان عجز فهو لصاحب

---

(١) قوله « الثانى الخ » وهذا الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعى أى تكون النفقة على مالك الرقبة

(٢) قوله والثالث الخ » وهذا المذهب وبه يقول أصحاب الرأى وصححه فى المغنى والشرح لأنه يملك نفعها فكانت النفقة عليه كالزوج وهذا ليس خاصا بالأمة بل حكم سائر الحيوانات الموصى بنفعها كذلك ونفعها بعد الموصى لورثته على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « أحدهما يعتبر جميعها من الثلث » هذا الصحيح يعنى تقوم منفعتها ويعتبر خروج ثمنها من الثلث لأن أمة لا منفعة لها لاقيمة لها غالبا

(٤) قوله « والثانى الخ » يعنى فاذا كانت قيمتها بمنفعتها مائة ومسلوبة المنفعة عشرة علمنا ان قيمة المنفعة تسعون

(٥) قوله « وان وصى لرجل الخ » هذا بلا نزاع لأن الوصية تمليك اشبهت الشراء فان أدى عتق والولاء له كالمشترى وان عجز عاد رقيقا له ، فان عجز فى حياة الموصى لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافيها وان ادى اليه بطلت فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتى فعجز فى حياة الموصى صحت وان عجز بعد موته بطلت ولو قال ان عجز بعد موتى فهو لك ففيه وجهان

(٦) قوله « وان وصى له بمال الكتابة الخ » هذا بلا نزاع لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه فى الحال كحمل الجارية وحينئذ للموصى له استيفاء المال عند حلوله والابراء منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيده لأنه المنعم عليه فان عجز فأراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له انظاره فالقول قول الوارث وكذلك ان أراد الوارث انظاره وأراد الوصى تعجيزه فالحكم للوارث

الرقبة وبطلت وصية صاحب المال فيما بقي عليه[١]

فصل

ومن أوصى له بشيء بعينه فتلف قبل موت الموصى أو بعده بطلت الوصية[٢]، وان تلف المال كله غيره بعد موت الموصى فهو للموصى له[٣] فان لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الاخذ[٤]، وان لم يكن له سوى المعين إلا مال غائب أو دين فى ذمة موسر أو معسر فللموصى له ثلث الموصى به[٥] وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء ملك من الموصى به

---

(١) قوله « وان وصى برقبته الخ » إذا ادى لصاحب المال أو ابرأه منه عتق وبطلت الوصية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب فان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت وصية صاحب المال وإن كان قبض من مال الكتابة شيئا فهو له

(٢) قوله « ومن أوصى له بشيء الخ » حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه لان الموصى له انما يستحق المعين فاذا ذهب زال حقه

(٤) قوله « وان تلف المال كله الخ » بلا نزاع لان حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه للموصى له بدليل أنه يملك أخذه بغير رضاهم

(٤) قوله « وان لم يأخذه زمانا الخ » يعنى إذا أوصى له بشيء معين فنما وهذا المذهب مطلقا نص عليه لأن الاعتبار فى قيمة الوصية بخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لأنها حالة لزوم الوصية ، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا قاله فى الشرح

(٥) قوله « وان لم يكن له سوى المعين الخ » هذا المذهب لان حقه فى الثلث متيقن فوجب تسليم ثلث المعين له وليس له أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية فى المعين كله وقال مالك يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته ثلث المال لأن الموصى كان له إن يوصى بثلث ماله فعدل إلى العين وليس له ذلك لأنه يؤدى الى ان يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقى قبل وصوله إلى الورثة

قدر ثلثه حتى يملكه ، وكذلك الحكم فى المدبر[1]. وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث الباقى[2]، وان وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان منهم أو ماتا فله ثلث الباقى[3] ، وان وصى له بعبد لا يملك غيره قيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فللموصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه[4] فان ردوا فقال الخرقى للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد وللموصى له بالعبد نصفه[5] ، وعندى أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما لهما فى حال الاجازة

---

(١) قوله « وكذلك المدبر » أى يعتق فى الحال ثلثه وكلما اقتضى من الدين شىء أو حضر من الغائب عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه إن خرج من الثلث وهذا المذهب

[فائدة] إذا كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شىء له قبل استيفائه وكلما اقتضى منه شىء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولى الشافعى وقال فى الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته وهذا قول أهل العراق

(٢) قوله « وان وصى له بثلث عبد الخ » يعنى له الثلث الباقى إذا حمله الثلث وهذا المذهب وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى ، فاذا وصى له بعين واستحق بعضه فله ما بقى منه ، فاذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقى للموصى له

(٣) قوله « وان وصى له بثلث ثلاثة أعبد الخ » وهـــذا المذهب وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى لانه لم يوص له من الباقى بأكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته فى استحقاقه

(٤) قوله « وان وصى له بعبد لا يملك غيره الخ » وهذا المذهب أعنى فى المزاحمة فى العبد وقوله وربع العبد أى يشتركان فيه لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضم اليها الثلث الذى للآخر يصير أربعة ثم اقسم على أربعة اسهم يصير الثلث ربعا كمسائل العول فيخرج لصاحب الثلث ما ذكره وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه

(٥) قوله « وان ردوا فقال الخرقى الخ » كلام الخرقى هو الصحيح من =

لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ولصاحب العبد ربعه وخمسه ، وان كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فأجازوا فله مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه ، وان ردوا فلصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه ، وقال أبو الخطاب لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه ، وهو قياس قول الخرقى ، والطريق فيها أن تنظر ما حصل لهما فى حال الإجازة فتنسب اليه ثلث المال وتعطى كل واحد مما كان له فى الاجازة مثل نسبة الثلث اليه وعلى قول الخرقى تنسب الثلث إلى وصيتهما جميعا وتعطى كل واحد مما له فى الاجازة مثل تلك النسبة (١). وان وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة

= المذهب وعليه أكثر الأصحاب وطريقته ان ترد وصيتهما إلى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه

على قوله « فله مائة » لأنه لامزاحم له فيها

على قوله « وثلث العبد » لأنه موصى له بنصفه وللآخر بكله وذلك نصفان ونصف فيرجع إلى الثلث

على قوله « ولصاحب العبد ثلثاه » لرجوع كل نصف إلى ثلث

على قوله « ولصاحب العبد ثلثه » لأن من له شيء فيرد إلى نصفه

على قوله « وقال أبو الخطاب الخ » وهو المذهب

على قوله « ولصاحب العبد خمساه » لأن الوصية هنا بمائتين وخمسين بالعبد وقيمته مائة وبنصف المال وهو مائة وخمسون ونسبة الثلث إلى ذلك بالخمسين

على قوله « مثل نسبة الثلث اليه » لأنه حصل لهما فى الإجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف فلكل واحد منهما نصف ما حصل له فى الإجازة وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه

(١) قوله « وعلى قول الخرقى الخ » لأن نسبة الثلث الى وصيتهما بالخمسين =

والثالث بتمام الثلث على المائة فلم يزد الثلث عن المائة بطلت وصية صاحب التمام (١) وقسمت الثلث بين الآخرين على قدر وصيتهما ، وان زاد عن المائة فاجاز الورثة نفذت الوصية على ما قال الموصى (٢). وان ردوا فلكل واحد نصف قيمتـــه عندى (٣). وقال القاضى ليس لصاحب التمام شىء حتى تكمل المئة لصاحبها ثم يكون له ما فضل عنها (٤) ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كولد الاب مع ولد الابوين فى مزاحمة الجد

باب الوصية بالانصباء والاجزاء

إذا وصى له بمثل نصيب وارث معـــين فله مثل نصيبه مضموما الى

= لأن النصف والثلث مائتان وخمسون فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمساه لأنه وصيته ولصاحب النصف الخمس لانه خمسا وصيته

على قوله « فلم يزد الثلث عن المائة » ﻫ وذلك إذا كان المال ثلاثمائة

(١) قوله « بطلت وصية صاحب التمام » أى لأنه لم يوص له بشىء اشبه ما لو أوصى له بدار ولادار له ، ويقسم الثلث فى حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتهما

على قوله « وان زاد » ﻫ أى الثلث

على قوله « عن المائة » ﻫ كأن يكون المال ستمائة

(٢) قوله « نفذت الوصية على ما قال الموصى » أى فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل من الوصيين مائة

(٣) قوله « وان ردوا الخ » أى فى اختيار المؤلف لان الوصايا رجعت إلى نصفها فدخل النقص على كل واحد بقدر ماله فى الوصية كسائر الوصايا

(٤) قوله « وقال القاضى الخ » أى لأنه انما استحق بعد تمام المائة لصاحبها ولم يفضل له ههنـا شىء فعلى قوله لصاحب الثلث نصفه ولصاحب المـائة مائة ولصاحب التمام نصف ما فوق المائتين قال فى المحرر وهو الصحيح

على قوله « ويجوز أن يزاحم به » ﻫ هذا من تمام قول القاضى

المسئلة[١] فاذا وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث[٢] وإن كانوا ثلاثة فله الربع ، وان كان معهم بنت فله التسعان [٣] ، وان وصى له بنصيب ابنه فكذلك فى أحد الوجهين[٤] . وفى الآخر لا تصح الوصية . وان وصى

---

(١) قوله « إذا وصى له بمثل نصيب وارث معين الخ » هذا المذهب وهو قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك وابن أبى ليلى وزفر وداود يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم ان كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقى بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو وصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وان كان له ابنان فالوصية بالنصف وان كانوا ثلاثة فله الثلث . ثم قال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رءوسهم فاعطى سهما من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار انصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم . ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعل مثلا له وهذا يفضى الى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصل التسوية والعبارة تقتضى التسوية

(٢) قوله « فاذا وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث » على المذهب لأن ذلك مثل ما يحصل لابنه لان الثلث إذا خرج بقى ثلثا المال لكل ابن ثلث

(٣) قوله « فان كان معهم بنت الخ » أى لأن المسألة من سبعة لكل ابن سهمان وللانثى سهم ويزاد عليها مثل نصيب ابن فتصير تسعة فالاثنان منها تسعان وعلم منه أنه لا بد أن يكون الموصى له بمثل نصيبه وارثا فلو كان رقيقا أو قاتلا أو محجوبا لم يصح

(٤) قوله « وان وصى له بنصيب ابنه الخ » وهو المذهب وهو قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤى وأهل البصرة وابن أبى ليلى وزفر وداود ، والثانى لا تصح وهو قول أصحاب الشافعى وأبى حنيفة وصاحبيه لأنه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابنى ، ولنا أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فتصح كما لو طلق بلفظ الكتابة أو أعتق ، وبيان امكان التصحيح انه امكن حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه

[فائدة] لو وصى بمثل نصيب ولده وله ولد وبنت فله مثل نصيب البنت نقله ابن الحكم واقتصر عليه فى الفروع

بضعف نصيب ابنه أو بضعفيه فله مثله مرتين[١]. وان وصى بثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله . هذا هو الصحيح عندى . وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله[٢] كلما زاد ضعفا زاد مرة واحدة . وان وصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيبا[٣] فلو كانوا ابنا وأربع زوجات صحت من اثنين وثلاثين لكل زوجة سهم وللوصى سهم يزاد عليها فتصير من ثلاثة وثلاثين ، وان وصى بمثل نصيب وارث لو

---

(١) قوله « وان وصى بضعف نصيب ابنه الخ » ماقاله المصنف هو قول أبى عبيد والجوهرى لقوله تعالى ﴿ اذن لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات ﴾ وقوله ﴿ فأولئك لهم جزاء الضعف ﴾ وقد صح ان عمر رضى الله عنه ضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة فدل ما ذكرنا ان الضعف مثلان

(٢) قوله « وقال أصحابنا الخ » هذا المذهب وهو قول الشافعى وأبى عبيدة معمر بن المثنى . واجاب فى المغنى والشرح بقوله ﴿ فآتت أكلها ضعفين ﴾ قال عكرمة تحمل فى كل عام مرتين وأنه لاخلاف بين المفسرين فيما علمنا فى تفسير قوله تعالى ﴿ يضاعف لها العذاب ضعفين ﴾ ان المراد مرتين وقد دل عليه قوله ﴿ نؤتها اجرها مرتين ﴾ ومحال أن يعطى أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات فان الله تعالى انما يزيد تضعيف الحسنات على السيئات هذا هو المعهود من فضله وكرمه . وقول أبى عبيدة خالفه غيره ، قال ابن عرفة لا أحب قوله ورده بالآية وحينئذ الضعف محل وفاق

(٣) قوله « وان وصى بمثل نصيب أحد ورثته الخ » وجملته انه إذا أوصى بمثل نصيب أحدهم غير مسمى فان كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين فله مثل نصيب أحدهم مزادا على الفريضة وان كانوا يتفاضلون كهذه المسئلة فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعى لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه

على قوله « صحت من اثنين وثلاثين » ، لأن أصل المسئلة من ثمانية للزوجات سهم لايصح عليهن ولا يوافق فاضرب عددهن فى ثمانية تبلغ اثنين وثلاثين

بعد قوله « لكل زوجة سهم » ، وللابن ثمانية وعشرون

كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود (١) ، فان كان الوارث أربعة بنين فللوصى السدس(٢) وان كانوا ثلاثة فله الخمس ولو كانوا أربعة فاوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلا مثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى بالخمس إلا السدس بعد الوصية فيكون له سهم يزاد على ثلاثين سهما وتصح من اثنين وستين له منها سهمان ولكل ابن خمسة عشر

فصل فى الوصية بالأجزاء

إذا وصى له بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء فللورثة أن يعطوه ماشاءوا (٣) وان وصى له بسهم من ماله ففيها ثلاث روايات (٤) : إحداهن له سدس

---

(١) قوله « وهو موجود » أى يقدر الوارث موجودا فانظر ما للوصى له مع وجوده فهو له مع عدمه وطريقه ان تنظركم تصح مسئلتهم مع عدم الوارث ثم كم تصح مع وجوده ثم تضرب إحداهما فى الأخرى ثم تقسم ما ارتفع على مسئلة الوجود فما خرج بالقسمة أضعفته إلى ما ارتفع من الضرب وهو للوصى له واقسم ما ارتفع بين الورثة

(٢) قوله « فللوصى السدس » أى لأن المسئلة مع عدم الخامس المقدر وجوده من أربعة ومع وجوده من خمسة فتضرب احداهما فى الأخرى تكن عشرا تقسمها على خمسة يخرج لكل سهم أربعة فتضيفها إلى العشرين تصير أربعة وعشرين للوصى له أربعة وهى السدس ولكل ابن خمسة وهى ثمن ونصف سدس

على قوله « فله الخمس » « ولو كانوا اثنين فله الربع

(٣) قوله « إذا أوصى له بجزء أو حظ الخ » هذا بغير خلاف نعلمه لان مايعطونه يقع عليه الاسم كقوله اعطوا فلانا من مالى لكونه لا حد له فى اللغة ولا فى الشرع لكن شرطه أن يكون ما يتمول

(٤) قوله « وان وصى لهم بسهم من ماله الخ » الأولى هى المذهب لما روى ابن مسعود رضى الله عنه ان رجلا أوصى لآخر بسهم من المال فاعطاه النبى ﷺ السدس ، وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه قال الحسن واياس ابن معاوية والثورى

بمنزلة سدس مفروض ان لم تكمل فروض المسئلة أو كانوا عصبة أعطى سدسا كاملا وإن كملت فروضها أعيلت به وان عالت أعيل معها ، والثانية له سهم مما تصح منه المسئلة مالم يزد على السدس(١)، والثالثة له مثل نصيب أقل الورثة مالم يزد على السدس(٢)،وان وصى له بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته وقسمت الباقى على مسئلة الورثة إلا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها (٣)، وان وصى بجزأين أو أكثر أخذتها من مخرجها وقسمت الباقى على المسئلة فان زادت على الثلث

على قوله « وان لم تكمل فروض المسألة » * كبنت وبنت ابن

على قوله « أو كانوا عصبة » * كالبنين أو الإخوة

(١) قوله « والثانية الخ » أى مضافا اليها وهو قول شريح لان سهما ينصرف إلى سهام فريضة أشبه ما لو قال فريضتى أو كذا سهما منها لك ، قال القاضى وتبعه المؤلف ما لم يزد على السدس فان زاد عليه فله السدس لانه متحقق

على قوله « مما تصح منه المسألة » * مضافا اليها

(٢) قوله « والثالثة الخ » أى مضموما اليها وهو قول أبى حنيفة لأن السهم يطلق ويراد به النصيب والنصيب هنا هو نصيب الورثة ، وقال الشافعى وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاءوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فاشبه مالو وصى له بجزء أو حظ . وقال المصنف فى المغنى والشارح : والذى يقتضيه القياس فيما إذا أوصى بسهم من ماله أنه ان صح أن السهم فى لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كما لو وصى بسدس ماله وإلا فهو كما لو وصى له بجزء من ماله على ما اختاره الشافعى وابن المنذر

على قوله « مثل نصيب أقل الورثة » * مضموما اليها

(٣) قوله « وتقسم الثلثين عليها » أى على مسألة الورثة فان انقسمت فظاهر وان لم تنقسم ضربت المسئلة أو وفقها فى مخرج الوصية فما بلغ فمنه تصح ، وظاهر أنهم إذا أجازوا أنها تنفذ فى الموصى به مطلقا

على قوله « للأوصياء ثلث المال » * لتقسم ذلك بين الأوصياء بلا كسر

ورد الورثة جعلت السهام الحاصلة للاوصياء ثلث المال ودفعت الثلثين إلى الورثة، فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه وخلف ابنين أخذت الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثنى عشر وبقى خمسة للابنين ان أجازا وان ردا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسئلة من إحدى وعشرين، وان أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فاضرب وفق مسئلة الاجازة وهو ثمانية فى مسئلة الرد تكن مائة وثمانية وستين للذى أجيز له سهمه من مسئلة الاجازة مضروب فى وفق مسئلة الرد وللذى رد عليه سهمه من مسئلة الرد فى وفق مسئلة الاجازة والباقى للورثة وللذى أجاز لهما نصيبه من مسئلة الاجازة فى وفق مسئلة الرد وللآخر سهمه من مسئلة الرد فى وفق مسئلة الاجازة والباقى بين الوصيتين على سبعة

فصـــل

وإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملك فى مسائل العول، فاذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من اثنى عشر وعالت إلى خمسة عشر فتقسم المال كذلك إن أجيز لهما أو الثلث إن رد عليهم، وإن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه فالمال بينهما على ثلاثة إن أجيز لهما والثلث على ثلاثة مع الرد، فان أجيز لصاحب المال وحده فلصاحب النصف التسع والباقى لصاحب المال فى أحد الوجهين، والآخر ليس له إلا ثلث المال التى كانت فى حال الاجازة لهما يبقى التسعان للورثة، وإن أجازوا اصاحب

على قوله «ودفعت الثلثين الى الورثة» « لأنه حقهم

على قوله «أخذت الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثنى عشر» « لأن مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة فاذا ضربت احدهما فى الآخر كانت اثنى عشر فثلثها وربعها سبعة

على قوله «وبقى خمسة للابنين إن أجازا» « وتصح من أربعة وعشرين لصاحب الثلث ثمانية ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين

النصف وحده فله النصف فى الوجه الأول وفى الآخر له الثلث واصاحب المال التسعان ، وان أجاز أحد الابنين لهما فسهمه بينهما على ثلاثة ، وان أجاز لصاحب المال وحده دفع اليه كل ما فى يده و ثلثه على اختلاف الوجهين ، فان أجاز لصاحب النصف دفع اليه نصف ما فى يده ونصف سدسه أو ثلثه

فصل فى الجمع بين الوصية بالاجزاء والانصباء

إذا خلف ابنين ووصى لآخر بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن ففيها وجهان : أحدهما لصاحب النصيب ثلث المال عند الاجازة ، وعند الرد يقسم الثلث بين الوصيين نصفين . والثانى لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن وهو ثلث الباقى وذلك التسعان عند الاجازة ، وعند الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة . وان كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث وهو أن يكون لصاحب النصيب فى حال الاجازة ثلث الثلثين ، وفى الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهما لصاحب النصف تسعة و لصاحب النصيب أربعة . وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحدهما ولآخر بثلث باقى المال فعلى الوجه الأول لصاحب النصيب ثلث المال وللآخر ثلث الباقى تسعان والباقى للورثة ، وعلى الوجه الثانى يدخلها الدور . ولعملها طرق : أحدها أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيبا تدفع النصيب الى الموصى له بنصيب ابن وللآخر ثلث الباقى سهم يبقى سهمان لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة . وبالجبر تأخذ مالا تلقى منه نصيبا وثلث الباقى يبقى ثلثا مال الا ثلثى نصيب تعدل نصيبين اجبرها بثلثى نصيب ورد مثل ذلك على النصيبين يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل أثلاثا من جنس الكسر يصير مالين تعدل ثمانية أنصباء اقلب فاجعل المال ثمانية والنصيب اثنين . وان شئت قلت للابنين سهمان ثم تقول هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه يصير ثلاثة ثم زد مثل نصيب ابن يصير أربعة ، وان كانت وصية الثانى بثلث ما يبقى من النصف فبالطريق الأولى تجعل المال ستة ونصيبين تدفع النصيب الى الموصى له به والى الآخر ثلث بقيمة النصف سهما والى

أحد الابنين نصيبا بقى خمسة للابن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر . وبالجبر تأخذ مالا وتلقى منه نصيبا وثلث باقى النصف يبقى خمسة أسداس مال الا ثلثى نصيب تعدل نصيبين أجبرها تكن خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل أسداسا واقلب وحول يصر المال ستة عشر والنصيب خمسة . وان خلف أما وبنتا وأختا وأوصى لرجل بمثل نصيب الام وسبع ما بقى ولآخر بمثل نصيب الأخت وربع ما بقى ولآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقى فقل مسئلة الورثة من ستة وهى بقية مال ذهب ثلثه فرد عليه مثل نصفه ثلاثة ثم زد مثل نصيب البنت يكن اثنى عشر فهو بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الأخت صارت ثمانية عشر فهو بقية مال ذهب سبعه فزد عليه سدسه ومثل نصيب الأم يكن اثنين وعشرين . وان خلف ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليه ربعه يكن خمسة فهو نصيب كل ابن وزد على عدد البنين واحدا واضربه فى مخرج الكسر تكن ستة عشر اعط الموصى له نصيبا وهو خمسة واستثن منه ربع المال أربعة يبقى له سهم ولكل ابن خمسة . وان قال إلا ربع الباقى بعد النصيب فزد على عدد البنين سهما وربعا واضربه فى المخرج يكن سبعة عشر له سهمان ولكل ابن خمسة . وان قال إلا ربع الباقى بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه واحدا يكن أربعة فهو النصيب وزدت على سهام البنين سهما وثلثا وضربته فى ثلاثة يكن ثلاثة عشر سهما له سهم ولكل ابن أربعة . ولا يليق بهذا الكتاب التطويل بأكثر من هذا

باب الموصى اليه

تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل [1] وان كان عبدا

---

(١) قوله « تصح وصية المسلم إلى كل مسلم الخ » تصح الوصية إلى الرجل العاقل الحر المسلم العدل اجماعا وشمل قوله عدل العدل العاجز إذا كان أمينا فاما =

أو مراهقا [١] أو امرأة [٢] أو أم ولد [٣] ، ولا تصح إلى غيرهم [٤] ، وعنه

= العبد فتصح الوصية اليه قال ابن حامد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك وقال النخعى والأوزاعى وابن شبرمة تصح إلى عبده ولا تصح إلى عبد غيره وقال أبو حنيفة تصح إلى عبده نفسه إذا لم يكن فى ورثته رشيد . وقال أبو يوسف والشافعى لاتصح الوصية إلى عبد بحال لانه لا يكون وليا على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلى الوصية . ولنا أنه يصح استنابته فى الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف فى المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف فى العبد القن

[فائدة] ظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى عدم صحة وصية المسلم إلى كافر وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب

(١) قوله « أو مراهقا » قطع المصنف هنا بصحة الوصية إلى المراهق وهو احدى الروايتين ، قال القاضى : قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز، وعنه لاتصح الوصية اليه حتى يبلغ وهو المذهب اختاره المصنف والشارح والمجد وغيرهم لانه ليس من أهل الشهادة والإقرار وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية وهذا مذهب الشافعى

(٢) قوله « أو امرأة » هذا قول جمهور العلماء روى ذلك عن شريح وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح واسحاق والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولم يجزه عطاء لأنها لا تكون قاضية وجوابه بأن عمر رضى الله عنه أوصى الى حفصة ولأنها من أهل الشهادات

(٣) قوله « أو أم ولد » نص عليه لانها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية

(٤) قوله « ولا تصح الى غيرهم » أى لأن المجنون والطفل ليسا أهلا للتصرف فى أموالهما فلا يليان على غيرهما ، وأما الفاسق فعن أحمد رحمه الله تعالى أن الوصية اليه لاتصح وهو المذهب وبه قال مالك والشافعى لأنه ليس بأمين ولا من أهل الشهادة وعنه تصح ويضم الحاكم اليه أمينا ، وكذا لا تصح إلى من لا يهتدى إلى التصرف لسفه أو مرض أو هرم ونحوه

تصح إلى الفاسق ويضم الحاكم اليه أمينا ، فان كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح ؟ على وجهين[١]. وإذا أوصى الى واحد وبعده إلى آخر فهما وصيتان إلا أن يقول قد أخرجت الأول ، وليس لاحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه[٢]، فان مات أحدهما أقام الحاكم مقامه أمينا[٣] ، وكذلك إن فسق[٤] ، وعنه يضم اليه أمين ، ويصح قبوله

---

(١) قوله « وان كانوا على غير الخ » اعلم أن فى هذه المسئلة أوجها : أحدها يشترط وجود هذه الصفات عند الوصية والموت وما بينهما ، والثانى يكفى وجودها عند الموت فقط وهو أحد وجهى المصنف ، والثالث يعتبر وجودها عند الموت فقط وهذا المذهب ونصره المصنف والشارح وقدمه فى النظم والفروع ويحتمله الوجه الثانى للمصنف لأنهـــا شروط العقد فيعتبر حال وجوده كسائر العقود ، والرابع يكفى وجودها عند الوصية فقط

(٢) قوله « وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف الخ » أى سواء أوصى معا أو على التعاقب لأنه لم يرض بنظره وحده كالوكيلين وبه قال مالك والشافعى وقال أبو يوسف له ذلك لأن الوصية والولاية لاتتبعض فان جعل النظر اليه انفرد بالتصرف نص عليه ، وعلى الأول متى تعذراجتماعهما أقام الحاكم مكان الغائب أمينا فلو اختلفا عند من يكون المال منهما جعل فى مكان يكون تحت ايديهما جميعا . وقال مالك يجعل عند أعدلهما ، وقال أصحاب الرأى يقسم بينهما وهو منصوص الشافعى

(٣) قوله « وان مات أحدهما الخ » وكذا ان وجد منه مايوجب عزله لأن الموصى لم يرض بنظره وحده ، فلو اراد الحاكم أن يكتفى بالثانى لم يجز ، وان وجد منهما ما يقتضى المنع فللحاكم ان ينصب مكانهما وفى الاكتفاء بواحد وجهان . ومحل ما ذكره المؤلف ما إذا أطلق فان جعل لكل منهما التصرف لم يجز للحاكم اقامة اثنين

(٤) قوله « وكذلك ان فسق » . اعلم أن الصحيح من المذهب أن الفاسق لا تصح الوصية اليه وينعزل إذا طرأ عليه الفسق فعلى هذا يقيم الحاكم مقامه أمينا وهذا قول الثورى والشافعى واسحاق

[فائدة] لو وصى اليه قبل أن يبلغ ليكون وصيا بعد بلوغه أو حتى يحضر =

للوصية فى حياة الموصى وبعد موته ، وله عزل نفسه متى شاء (١) ، وعنه ليس له ذلك بعد موته . وللموصى عزله متى شاء وليس للموصى أن يوصى إلا أن يجعل ذلك اليه (٢) ، وعنه له ذلك . ولا تصح الوصية إلا فى معلوم يملك الموصى فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر فى أمر الأطفال .

= فلان أو ان مات فلان ففلان وصى صح ويعتبر الثانى وصيا عند الشرط ذكره الأصحاب ويسمى الوصى المنتظر لأنه ﷺ قال فى جيش مؤتة أميركم زيد فان قتل فاميركم جعفر فان قتل فاميركم عبد الله بن رواحة والوصية فى معنى التأمير ، وكذا لو قال أوصيت اليه سنة ثم إلى فلان

(١) قوله « وله عزل نفسه متى شاء » هـذا المذهب مطلقا أى مع القدرة والعجز فى حياة الموصى وبعد موته فى حضوره وغيبته ، وبه قال الشافعى ، لأنه متصرف بالإذن كالوكيل ، وعنه ليس له ذلك بعد موته بحال ولا قبله إذا لم يعلمه بذلك وبه قال أبو حنيفة لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصال إلى غيره . وعنه ليس له ذلك بعد موته لما ذكرناه

(٢) قوله « وليس للوصى أن يوصى الخ » وجملته أنه إذا أوصى لرجل وأذن له فى الإيصاء إلى من شاء صح وبه قال أكثر أهل العلم لانه ماذون له فى الاذن فى التصرف فان وصى اليه واطلق فلم يأذن له ولم ينهه ففيه روايتان إحداهما ليس له ذلك وهى المذهب وهى مذهب الشافعى واسحاق لانه تصرف بتوليته فلم يكن له التفويض كالوكيل . والثانية له أن يوصى إلى غيره وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأبى يوسف لان الأب أقامه مقام نفسه

[تنبيهان] : شمل قوله « ولا تصح الوصية إلا فى معلوم الخ » الإيصاء بتزويج موليته ولو كانت صغيرة وهو صحيح وله اجبارها كالاب على الصحيح من المذهب فى ذلك قال المجد فى شرحه بعد ذكر الخلاف فى الوصية بالنكاح : وعلى هذا تصح الوصية بالخلافة من الامام ، وبه قال الشافعى ، قال فى الانصاف وقطع به الحارثى وغيره

(الثانى) قوله « والنظر فى أمر الأطفال » أنه لا يصح أن يجعله وصيا على البالغ الرشيد من أولاده وغيرهم من الوارث وهو صحيح ، ومفهوم قوله « يملك الموصى فعله » =

وإذا أوصى اليه فى شيء لم يصر وصياً فى غـيره[1]، وإذا أوصى اليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما فى أيديهم أخرجه كله مما فى يده [2] . وعنه يخرج ثلث ما فى يده ويحبس باقيه حتى يخرجوا ، وإن أوصاه بقضاء دين معـين فأبى ذلك الورثة قضاه بغير علمهم [3] ، وعنه فى من عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضى دين الميت إن لم يخف تبعة . وتصح وصية الكافر

= أنه لا يصح الإيصاء بما لا يملك فعله وهو صحيح فلا تصح وصية المرأة بالنظر فى حق أولادها الاصاغر ونحو ذلك قاله فى الوجيز وغيره

(١) قوله « وإذا أوصى اليه فى شيء الخ » وهذا قول الشافعى لانه استفاد التصرف بالإذن من جهته فكان مقصوراً على ما اذن فيه كالوكيل . وقال أبو حنيفة يكون وصيا فى كل ما يملكه الموصى لأن هـــذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبعض كولاية الجد . وأجيب بأن ولاية الجد ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهى لا تتبعض والإذن يتبعض

(٢) قوله « وإذا أوصى اليه بتفريق ثلثه الخ » وكذا لو جحدوا مافى أيديهم وهذا المذهب نص عليه لأن حق الموصى له يتعلق باجزاء التركة لجاز أن يدفع اليه مما فى يده كما يدفع إلى بعض الورثة

[فائدة] لو ظهر دين يستغرق التركة أو جهـل موصى له فتصدق بجميع الثلث هـو أو حاكم ثم ثبت ذلك لم يضمن عـلى الصحيـح من المذهب ، وقال فى الرعاية الـكبرى قلت بل يرجع به لوفاء الدين

(٣) قوله وان أوصاه بقضاء دين معين الخ » يعنى إذا جحدوا الدين وتعذر ثبوته أو أبوا الدفع وهذا المذهب لأنه واجب سواء رضوا به أو أبوه لأنه لا حق لهم الا بعد وفاء الدين ، وعنه لا يقضيه بغير علمهم إلا ببينة

على قوله « ان لم يخف تبعة » يعنى إذا خاف أن يطلبه الورثة بمـا عليه وينكروا الدين على مورثهم فلايقضيه لأنه لايأمن رجوعهم عليه وان لم يخف قضى

على قوله « وتصح وصية الـكافر إلى مسلم » * بلا نزاع لـكن يشترط أن لا يكون فى تركته خمر ولا خنزير

إلى مسلم وإلى من كان عدلا فى دينه [١] ، وإذا قال ضع ثلثى حيث شئت أو اعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى ولده [٢] ، ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له . وإذا دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار اقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفى بيع بعضه ضرر فله البيع على الكبار والصغار [٣] ، ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار وهو أقيس [٤]

---

(١) قوله « وإلى من كان عدلا فى دينه » يعنى ان وصية الكافر إلى كافر تصح إذا كان عدلا فى دينه ، وهذا المذهب وهو قول أصحاب الرأى لأنه يلى بالنسب فيلى بالوصية فان لم يكن الكافر عدلا لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة تمنع فى المسلم فالكافر أولى.

(٢) قوله « وإذا قال ضع ثلثى الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه قال أحمد إذا كان فى يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو ثور وأصحاب الرأى له أخذه لنفسه وولده ، ويحتمل جواز ذلك عندنا أيضا لتناول اللفظ له . ويحتمل جواز ذلك مع القرينة فقط ، واختار المصنف والمجد جواز دفعه إلى ولده قال الحارثى وهو المذهب

[تنبيه] مفهوم قوله « لم يجز أخذه ولا دفعه لولده » جواز أخذ والده واقاربه الوارثين سواء كانو أغنياء أو فقراء وهذا اختيار المصنف والمجد قال الحارثى وهو المذهب ، والصحيح من المذهب أنه لا يجوز دفعه اليهم نص عليه كولده

[فائدة] قال فى الفائق وليس له دفعه إلى ورثة الموصى ذكره المجد فى شرح الهداية ونص عليه وقاله الحارثى

(٣) قوله « وإذا دعت الحاجة الخ » يعنى إذا امتنع الكبار من البيع أو كانوا غائبين ، وهذا المذهب نص عليه لأنه وصى يملك بيع بعض التركة فملك جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة ولأن فى بيع البعض نقصا على الصغار فيتعين البيع على الجميع دفعا للضرر عنهم

(٤) قوله « ويحتمل الخ » اختاره المصنف والشارح قال فى الانصاف وهو =

كتاب الفرائض

وهى قسمة المواريث . وأسباب التوارث ثلاثة : رحم ، ونكاح ، وولاء [1] لا غير ، وعنه أنه يثبت بالموالاة ، والمعاقدة ، واسلامه على يديه وكونهما من أهل الديوان [2] . والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة :

= الصواب وبه قال الشافعى لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ملك غيره ولأنه لا يزال الضرر بالضرر

[فائدتان] لو كان الكل كباراً وعلى الميت دين أو وصية باعه الموصى اليه إذا أبوا بيعه وكذا لو امتنع البعض نص عليه

(الثانية) لو مات شخص بمكان لا حاكم فيه ولا وصى جاز لمسلم ممن حضره أن يحوز تركته ويعمل الاصلح فيها من بيع وغيره على الصحيح من المذهب

* * *

[فائدة] إذا مات الإنسان بدئ بتكفينه وتجهيزه مقدما على ما سواه كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواه لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ وقال على رضى الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية

(١) قوله « وأسباب التوارث ثلاثة الخ » الصحيح من المذهب أن أسباب التوارث ثلاثة لا غير وأنه لا يرث ولا يورث بغيرها نص عليه وعليه الأصحاب وهى رحم ونكاح وولاء . فاما الرحم فلقوله تعالى ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ وهم القرابة من جهة البنوة والأبوة ونحوهما . وأما النكاح فهو عقد الزوجية وان عرى عن الوطء لقوله تعالى ﴿ ولكم نصف ماترك أزواجكم ﴾ الآية . وأما الولاء فهو الانعام عليه بالعتق لقوله ﷺ « الولاء لمن اعتق » متفق عليه وروى ابن عمر مرفوعا « الولاء لحمة كلحمة النسب » رواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال صحيح الإسناد

(٢) قوله « وعنه يثبت بالموالاة الخ ، لقوله تعالى ﴿ والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ﴾ والموالاة كالمعاقدة وروى أبو أمامة أن النبى ﷺ قال « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه » رواه سعيد فى سننه ، وعن تميم الدارى أنه قال يارسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يدى الرجل من المسلمين فقال « هو أولى =

الابن وابنه وان نزل [1] والأب وأبوه وان علا [2] والاخ من كل جهة [3] وابن الاخ إلا من الأم والعم وابنه كذلك [4] والزوج ومولى النعمة . ومن الاناث سبع : البنت وبنت الابن والام والجدة والأخت والمرأة ومولاة

= الناس بمحياه ومماته ، رواه سعيد والترمذى وقال لا أظنه متصلا . وكذا إذا كانا مكتوبين فى ديوان واحد ، واختار الشيخ تقى الدين أن هؤلاء كلهم يرثون عند عدم الرحم والنكاح والولاء واختاره صاحب الفائق ، وقيل يرث عبد سيده عند عدم الوارث ، واختاره الشيخ تقى الدين ، ولا عمل عليه لان ما ذكر كان فى بدء الإسلام بدليل ما روى ابن عباس أن النبى ﷺ آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك فنزلت ﴿ وأولو الأرحام ﴾ الآية فتوارثوا بالنسب رواه الدارقطنى وفى اسناده مقال

على قوله « يثبت » ، أى مع عدمهن

على قوله « بالموالاة » ، وهى المؤاخاة

على قوله « والمعاقدة » ، وهى المحالفة

على قوله « وكونهما من أهل الديوان » ، زاد الشيخ تقى الدين فى الرواية : والتقاط الطفل

(١) قوله « الابن وابنه وإن نزل » لقوله تعالى ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم ﴾ الآية وابن الابن ابن لقوله تعالى ﴿ يا بنى آدم ـ يا بنى اسرائيل ﴾

(٢) قوله « والأب الخ » لقوله تعالى ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس ﴾ الآية . والجد يتناوله النص كما دخل ولد الابن فى عموم أولادكم وقيل يثبت فرضه بالسنة لأنه عليه الصلاة والسلام أعطاه السدس

(٣) قوله « والأخ الخ » فالأخ من الأم ثبت بقوله تعالى ﴿ وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ﴾ ومن الأبوين أو الأب بقوله ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر »

(٤) قوله « والعم الخ » أى من الأبوين أو الأب وعم الأب كذلك ولا يدخل فيه العم من الأم ولا ابنه

النعمة . والوراث ثلاثة : ذوو فرض ، وعصبات ، وذوو رحم

باب ميراث ذوى الفروض

وهم عشرة : الزوجان والابوان والجد والجدة والبنت وبنت الابن والاخت من كل جهة والأخ من الأم . فللزوج الربع إذا كان لها ولد أو ولد ابن (١) والنصف مع عدمهما ، وللمرأة الثمن إذا كان له ولد أو ولد ابن والربع مع عدمهما

[فائدة] إذا اجتمع الوارثون من الرجال لم يرث منهم إلا الاب والابن والزوج . وإذا اجتمعت الوارثات من النساء ورث منهن خمس البنت وبنت الابن والزوجة والاخت من الابوين أو الاب . والذين يمكن اجتماعهم من الصنفين وارثا الابوان والابن والبنت وأحد الزوجين

على قوله « ومولى النعمة » ، أى المعتق ، سمى به لانه أنعم على العبد بعتقه وتخليصه من أسر الرق ، وثبت بالسنة

على قوله « ومولاة النعمة » ، والاناث كلهن إذا انفردن عن اخوتهن ذوات فرض الا المعتقة والاخوات مع البنات

على قوله « وعصبات » ، اجماعا

على قوله « وذوو رحم » ، على الصحيح من المذهب

على قوله « والاخت من جهة » ، أى من الابوين أو الاب أو الام

على قوله « والاخ من الام » ، فالاخوة والاخوات من الام يسمون بنى الاخياف والاخياف الاخلاط فهم من أخلاط الرجال وليس هم من رجل واحد ، والاب يسمون بنى العلات لان أم كل واحد لم تسقه لبن رضاعها والابوين يسمون بنى الاعيان لانهم من عين واحدة

على قوله « إذا كان لها ولد » ، ذكرا كان أو أنثى

(١) قوله « إذا كان لها ولد أو ولد ابن » يحترز به عن ولد البنت فانه لا اعتبار به وإن ورثنا ذوى الارحام إلى قوله « والنصف مع عدمهما » وهذا =

فصـــل

وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث فيها السدس بالفرض وهى مع ذكور الولد أو ولد الابن (١)، وحال يرث فيها بالتعصيب وهى مع عدم الولد أو ولد الابن (٢)، وحال يجتمع له الفرض والتعصيب (٣) وهى مع إناث الولد أو ولد الابن

فصـــل

وللجد هذه الأحوال الثلاثة وحال رابع وهى مع الاخوة والاخوات من الابوين أو الأب فانه يقاسمهم كأخ (٤) إلا أن يكون الثلث خيراً له

= كله بالاجماع لقوله تعالى ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ الآية لانه تعالى نص على الولد وولده ملحق به بالاجماع

[تنبيه] قوله « فللزوج الربع - إلى قوله - والربع مع عدمهما » هذا بلا نزاع لكن يشترط أن يكون النكاح صحيحا فان كان فاسدا فلا توارث بينهما على الصحيح من المذهب نص عليه، وتوقف فى رواية ابن منصور، وأما إذا كان باطلا فلا توارث بلا نزاع

(١) **قوله** « وهى مع ذكور الولد الخ » وكذا مع ولد الابن لقوله تعالى ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس ﴾ الآية، والمراد بولد الابن هنا الذكر

(٢) **قوله** « وحال يرث فيها بالتعصيب الخ » لقوله تعالى ﴿ فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ﴾ أضاف الميراث لهما وجعل لها الثلث فكان الباقى للاب وهذا شأن التعصيب، وهذه الحال مما امتاز بها الاب والجد

(٣) **قوله** « وحال الخ » للنص وقد سأل الحجاج الشعبى عن من مات عن أب وبنت فقال للبنت النصف والباقى للاب. فقال له الحجاج أصبت فى المعنى واخطأت فى اللفظ هلا قلت للاب السدس وللبنت النصف والباقى للاب. فقال اخطأتُ وأصاب الامير

(٤) **قوله** « وحال رابع الخ » هذا مبنى على الصحيح من المذهب من ان =

فيأخذه والبـــــــــاقى لهم[1] ، فان كان معهم ذو فرض أخـــذ

الجد لا يسقط الأخوة وعليه جماهير الأصحاب وهو قول على وابن مسعود وزيد وبه قال مالك والاوزاعى والشافعى وأبو يوسف ومحمد لأن الأخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولأن ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الا بنص أو اجماع وما وجد شيء من ذلك ولانهم تساووا فى سبب الاستحقاق فان الأخ والجد يدليان بالأب والجد أبوه والأب ابنه . وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى منها فان الابن يسقط بتعصيب الأب ولذلك مثله على بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ومثله زيد بواد خرج منه نهر فافترق منه جدولان كل منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادى وعنه أن الجد يسقط الأخوة كما يسقطهم الأب اختاره ابن بطة وأبو حفص البرمكى وأبو حفص العكبرى والشيخ تقى الدين وصاحب الفائق ، قال فى الفروع وهو اظهر قال فى الانصاف وهو الصواب قال وحديث افرضكم زيد ضعفه الشيخ تقى الدين وهذا مذهب الصديق وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبى بن كعب وأبى الدرداء ومعاذ بن جبل وأبى موسى وأبى هريرة وحكى عن عمران بن حصين وجابر بن عبد الله وأبى الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة واسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزنى وابن سريج وابن اللبان وداود وابن المنذر لقوله ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر » متفق عليه والجد أولى من الأخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فان له قرابة ايلاد ويعصبه كالأب وأما الحكم فان الفروض إذا ازدحمت يسقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الأب ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله فدل ذلك على قربه قال ابن عباس ألا يتقى الله زيد يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الأب أبا . واختلف القائلون بتوريثهم فى كيفية توريثهم وأما مذهب زيد فهو الذى ذكره المصنف فى هذا الكتاب واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والثورى والأوزاعى والنخعى ومالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو عبيد وأكثر أهل العلم .

(١) قوله « إلا أن يكون الثلث خيرا له الخ » هذا التفريع على المذهب وقد يستوى الأمران والضابط أن الإخوة والأخوات ان كانوا مثليه فالمقاسمة والثلث

فرضه[١] ثم للجد الأحظ من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقى أو سدس جميع المال فان لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له وسقط من معه منهم[٢]، إلا فى الأكدرية وهى زوج وأم وأخت وجد[٣] فللزوج النصف وللام الثلث وللجد

= شيئان وذلك فى مسائل : جد واخوان . جد وأخ وأختان . جد وأربع أخوات . وان كانوا دون مثليه فالمقاسمة خير له وذلك فى مسائل: جد وأخ . جد جد وأخ وأخت . جد وثلاث أخوات . جد وأخت . وان كانوا فوق المثلين واختان فالثلث خير له

(١) قوله « فان كان معهم ذو فرض الخ » لان المقاسمة له مع عدم الفروض فكذا مع وجودها أو يأخذ ثلث الباقى إذا كان أحظ لان له الثلث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض كأنه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقى بمنزلة ثلث جميع المال . وأما أخذه سدس جميع المال فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذى هو أقوى فمع غيره أولى . وضابطه أنه متى زاد الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له فى المقاسمة وان نقصوا عن ذلك فلا حظ له فى ثلث الباقى ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له فى ثلث الباقى وان نقصت عن النصف فلا حظ له فى السدس وان كان الفرض النصف فقد استوى السدس وثلث الباقى وان كان الاخوة اثنين والفرض النصف استوت الاحوال كلها

(٢) قوله « فان لم يفضل الخ » أى لانه عليه الصلاة والسلام أطعمه السدس ولا ينقص عن السدس أو تسميته فى قول عامة أهل العلم ، وحكى الشعبى أن ابن عباس كتب إلى على فى ستة اخوة وجد فكتب اليه اجعل الجد سابعهم وامح كتابى هذا . وقولنا أو تسميته هو إذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فاذا كان زوج وأم وابنتان وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهما وهما ثلثا الخمس

على قوله « وسقط من معه منهم » « أى من الاخوة والاخوات كأم وابنتين وجد واخت أو أخ فان للام السدس وللابنتين الثلثان يبقى السدس للجد

(٣) قوله « إلا فى الاكدرية الخ » واختلف أهل العلم فيها فمذهب أبى بكر وموافقيه اسقاط الاخت ويجعل للزوج النصف وللام الثلث والباقى للجد وقال =

السدس وللاخت النصف ثم يقسم نصف الأخت وسدس الجد بينهما على ثلاثة فتضربها فى المسئلة وعولها وهى تسعة تكن سبعة وعشرين للزوج تسعة

= على وزيد للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وعولاها إلى تسعة ولم يحجبا الأم عن الثلث لأن الله تعالى انما حجبها بالولد والإخوة ولم يوجد ، ويعايا بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ احدهم ثلثه والثانى ثلث ما بقى والثالث ثلث ما بقى والرابع ما بقى . ونظمها بعضهم فقال :

ما فرض أربعة يوزع بينهم ميراث ميتهم بفرض واقع
فلواحد ثلث الجميع وثلث ما يبقى لثانيهم بحكم جامع
والثالث من بعدهم ثلث الذى يبقى وما يبقى نصيب الرابع

وان شئت قلت : أخذ أحدهم جزءاً من المال وأخذ الثانى نصف ذلك الجزء وأخذ الثالث نصف ذينك الجزئين وأخذ الرابع نصف الآخر فان الجد اخذ ثمانية والاخت أربعة واللام ستة وهى نصف ما حصل لها والزوج تسعة وهو نصف ما حصل لهم . ونظمها المصنف فقال :

ماذا تقولون فى ميراث أربعة أصاب أكبرهم جزءاً من المال
ونصف ذلك الثانى ونصفهما لثالث ترب للخير فعال
ونصف ذلك مجموعا لرابعهم فخبرونى فهذا جملة الحال

على قوله « إلا فى الاكدرية » ، وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة فعالت بمثل نصفها

على قوله « إلا فى الاكدرية » ، وهى زوج وأم وأخت وجد ، سميت اكدرية لتكديرها أصول زيد فى الجد لكونه لايفرض للاخت مع الجد إلا فيها ولا يعيل مسائل الجد وأعالها وجمع سهامها وسهامه فقسمها بينهما على التعصيب . وقيل ان زيداً كدر على الاخت ميراثها فاعطاها النصف ثم استرجعه منها ، وقيل غير ذلك

على قوله « وسدس الجد » ، وهما أربعة

على قوله « على ثلاثة » ، لأنها لاتصح ولا توافق

على قوله « تكن سبعة وعشرين » ، ومنها تصح فكل من له شىء من أصل المسئلة مضروب فى ثلاثة

وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة ولا يعول من مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لاخت مع جد إلا فيها وان لم يكن فيها زوج فللام الثلث وما بقى بين الجد والاخت على ثلاثة فتصح من تسعة وتسمى الخرقاء[1] لكثرة اختلاف الصحابة فيها . وولد الاب كولد الابوين فى مقاسمة الجد إذا انفردوا ، فان اجتمعوا عادّ ولد الابوين الجد بولد الاب[2] ثم أخذوا منهم ما حصل لهم إلا أن يكون ولد الابوين أختا واحدة فتأخذ تمام النصف وما فضل لهم ولا

على قوله « وللام ستة » * يبقى اثنا عشر بين الجد والأخت

على قوله « وما بقى بين الجد والأخت على ثلاثة » * فاصلها من ثلاثة للام واحد يبقى اثنان عن ثلاثة لاتصح فتضربها فى أصل المسئلة فتصح من تسعة

(١) قوله « وتسمى الخرقاء » إى كأن الأقوال خرقتها بكثرتها قيل فيها سبعة أقوال : قول الصديق وموافقيه للام الثلث وللجد الباقى وقول زيد وموافقيه للام الثلث والباقى بين الجد والاخت على ثلاثة وقول على للاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وقال عثمان للام الثلث والباقى بين الجد والأخت نصفان ويقال لها العثمانية فان عدم الجد سميت المباهلة لقول ابن عباس من باهلنى باهلته ان الله تعالى لم يجعل فى مال واحد نصفا ونصفا وثلثا

على قوله « وولد الاب كولد الابوين فى مقاسمة الجد إذا انفردوا » * لانهم يشاركونهم فى بنوة الاب التى ساووا بها الجد

(٢) قوله « فاذا اجتمعوا عاد ولد الابوين الخ » هذا مذهب زيد وأما على وابن مسعود فانهما يسقطان ولد الاب ولا يعتدان بهلانه محجوب بولد الابوين. ولنا أن الجد والد فاذا حجبه اخوان وارثان جاز ان يحجبه غير وارث كالام . والمعادة إنما تكون إذا احتيج اليها فلو استغنى عنها فلا معادة كجد واخوين من أبوين وأخ من أب

على قوله « ثم أخذوا ماحصل لهم » * أى لولد الاب لانه انما يؤخذ منه لكون ولد الابوين أولى وقد زالت أولويته باستكمال حقه

يتفق هذا فى مسئلة فيها فرض غير السدس(١)، فاذا كان جد وأخت من أبوين وأخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت مافى يد أختها كله، وإن كان معهم أخ من أب فللجد الثلث وللأخت النصف يبقى للأخ واخته السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر فان كان معهم أم فلها السدس(٢) وللجد الثلث الباقى(٣) وللأخت النصف والباقى لهم(٤) فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد،

على قوله « فتأخذ تمام النصف » * لأن فرضها لايزيد على النصف

(١) قوله « ولا يتفق الخ » أى لأن أدنى ما يأخذ الجد الثلث من الباقى والأخت النصف فالباقى بعدهما هو السدس فان كان جد وأخت من أبوين وأخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأبوين فاخذت ما فى يدها جميعه لتستكمل النصف لان المقاسمة هينا أحظ للجد

على قوله « فللجد الثلث » * لأنه احظ له

على قوله « وللاخت النصف » * لأنها أخت لأبوين

على قوله « يبقى للاخ واخته السدس » * فاصلها من ستة

على قوله « فتصح من ثمانية عشر » * للاخت تسعة وللجد ستة ويستوى هنا المقاسمة وثلث جميع المال وللاخت سهمان واخته سهم

(٢) قوله « فان كان معهم أم الخ » أى لأن ذلك فرضها مع الاخوة

(٣) قوله « وللجد الخ » أى لأنه احظ له، قال ابن المنجا: وفيه نظر لانه يستوى له المقاسمة وثلث الباقى

على قوله « وللاخت النصف » * لأنه فرضها

(٤) قوله « والباقى لهم » أى لولد الاب لأنهم عصبة فتضرب ثلاثة فى ثمانية عشر وتصح من أربعة وخمسين، وان قاسم الإخوة أعطيت الام السدس يبقى خمسة مقسومة على الجد والاخ والاختين على ستة فتضربها فى أصل المسئلة تكن ستة وثلاثين للام ستة وللجد عشرة وللاخت من الابوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الاخ من الاب وأخته لاتصح فاضرب ثلاثة فى ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية =

فان كان معهم أخ آخر صحت من تسعين وتسمى تسعينية زيد (١)

فصـــل

وللام أربعة أحوال : حال لها السدس وهى مع وجود الولد أو ولد الابن (٢) أو اثنين من الاخوة والاخوات (٣). وحال لها الثلث وهى مع عدم هؤلاء (٤) . وحال لها ثلث ما بقى وهى فى زوج وأبوين وامرأة وأبوين لها

= ويرجع بالاختصار إلى نصفها أربعة وخمسين لأنها تتفق بالنصف فلهذا قال وتسمى مختصرة زيد

(١) قوله « فان كان معهم أخ آخر » فللام السدس ثلاثة وللجد ثلث الباقى خمسة وللاخت من الأبوين النصف تسعة يبقى سهم لأولاد الاب على خمسة لا يصح عليهم فاضرب بها فى ثمانية عشر « صحت من تسعين » فكل من له شىء من ثمانية عشر مضروب فى خمسة « وتسمى تسعينية زيد »

(٢) قوله « حال لها السدس الخ » وهذا بالنص والاجماع لقوله تعالى ﴿ ولابويه لكل واحد منهما السدس ﴾ الآية وولد الولد ولد حقيقة أو مجازا قال الماوردى انعقد الإجماع على ولد الولد ولم يخالف فيه الا مجاهد

(٣) قوله « أو اثنين من الاخوة والأخوات » هذا الصحيح من المذهب وهو قول الجمهور وسواء كانوا محجوبين أو لا واختار الشيخ تقى الدين ان الاخوة لا يحجبون الأم من الثلث إلى السدس إلا إذا كانوا وارثين معها فان كانوا محجوبين بالأب ورثت الثلث فلها فى مثل أبوين وأخوين الثلث عنده ، وقال ابن عباس لا يحجبها عن الثلث الى السدس إلا ثلاثة وحكى عن معاذ لقوله تعالى ﴿ فان كان له اخوة فلامه السدس ﴾ واقل الجمع ثلاثة وروى ان ابن عباس قال لعثمان : ليس الأخوان اخوة فى لسان قومك فلم تحجب بهما الأم ؟ فقال لا استطيع ان أرد شيئا كان قبلى ومضى فى البلدان . وجوابه بان الجمع قد يعبر به عن الاثنين ، قال الزمخشرى لفظ الإخوة هنا يتناول الأخوين لان المقصود الجمعية المطلقة من غير كمية

(٤) قوله « وحال لها الثلث الخ » أى مع عدم من ذكر من الولد أو ولد ابنه أو اثنين من الإخوة والأخوات من أى الجهات كانوا لا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى ﴿ فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث ﴾

ثلث الباقي بعد فرض الزوجين[1]. وحال رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لكونه ولد زنا أو منفيا بلعان فانه ينقطع تعصيبه من جهة من نفاه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته[2] وترث أمه وذوو الفرض منه فروضهم وعصبته عصبة أمه، وعنه أنها هي عصبته فان لم تكن فعصبتها عصبته فاذا خلف أما

---

(١) قوله «وحال لها ثلث ما بقي الخ» هاتان المسئلتان تسميان العمريتين لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك ووافقه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى عن علي وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن عباس لها ثلث المال كله فيهما لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة ويروى عن علي، قال أحمد هو ظاهر القرآن، واختاره ابن اللبان وقاله شريح في زوج وابوين، وفصل ابن سيرين فقال كقول الجماعة في زوج وابوين وكقول ابن عباس في امرأة وابوين وقاله أبو ثور لانا لو فرضنا لها ثلث المال في الأولى لفضلناها على الأب وهو ممتنع وفي مسألة الزوجة لايتأتى ذلك. قال المؤلف والحجة مع ابن عباس لولا انعقاد الاجماع من الصحابة، فعلى هذا تكون المسئلة من اثنين وتصح من ستة والثانية من أربعة وانما قالوا ثلث الباقي ولم يقولوا سدس المال من الأولى وربعه من الثانية محافظة على الأدب في موافقه القرآن

(٢) قوله «أو منفيا بلعان الخ» اي إذا لاعن الرجل امرأته وانتفى من ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن ويثبت ما قاله المصنف وينقطع التوارث بين الزوجين ولا نعلم فيه خلافا، فان مات أحدهما قبل تمام اللعان ورثه الآخر في قول الجمهور فان مات احدهما بعد ماتم اللعان ولم يفرق الحاكم بينهما لم ترثه في الأشهر لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد. وحكم ميراث ولد الزنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكر

على قوله «وعصبته» ه أي بعد ذكور ولده وان نزل

على قوله «وعصبته عصبة أمه» روى عن علي وابن عباس وابن عمر وقاله جمع لقوله ﷺ «ألحقوا الفرائض الخ»

على قوله «وعنه أنها عصبته» ه وهي قول ابن مسعود واختارها أبو بكر والشيخ تقي الدين لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا أنه جعل ＝

وخالا فلامه الثلث وباقيه للخال وعلى الرواية الأخرى الكل للام فان كان معهم أخ فله السدس والباقي له أو للام على الرواية الثانية وإذا مات ابن ابن ملاعنه وخلف أمه وجدته فلامه الثلث وباقيه للجدة على احدى الروايتين وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها

فصـــل

وللجدات السدس ـ واحدة كانت أو أكثر ـ إذا تحاذين[1]، فان كان

= ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثتها من بعدها رواه أبو داود ، وعن واثلة بن الاسقع عن النبي ﷺ قال « تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها و لقيطها وميراث ولدها الذى لاعنت عليه » رواه أبو داود والترمذى وقال حسن غريب

على **قوله** « فلامه الثلث » * لانه فرضها

على **قوله** « وباقيه للخال » * لانه عصبتها

على **قوله** « فان كان معهم اخ لام فله السدس » * لانه فرضه فلو كانت الاخوة من قبل الاب كما لو ولدت توأمين لم يتوارثا على الصحيح من المذهب أى لم يتوارثا بالاخوة من الاب

على **قوله** « والباق له » * أى الاخ من الام لانه عصبتها دون الخال لانه محجوب

على **قوله** « وخلف أمه وجدته » * أم أمه الملاعنة

على **قوله** « على احدى الروايتين » * وهو قول ابن مسعود لانها هى الملاعنة فهى عصبته

(١) **قوله** « وللجدات السدس الخ » وقد حكاه ابن المنذر اجماعا لما روى قبيصة ابن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبى بكر تسأله ميراثها فقال مالك فى كتاب الله شىء وما اجد لك فى سنة رسول الله ﷺ شيئا فارجعى حتى أسأل الناس ، فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ وأعطاها السدس ، فقال هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الانصارى فشهد مثله فانفذه لها . ثم جاءت الثانية إلى عمر ابن الخطاب فسألته ميراثها فقال مالك فى كتاب الله شىء لكن هو ذاك السدس =

بعضهن أقرب من بعض فالميراث لاقربهن(١). وعنه أن القربى من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الأم . ولا يرث أكثر من ثلاث جدات أم الام

= فاذا اجتمعتا فهو بينكما وايكما خلت به فهو لها رواه الخمسة إلا النسائى وصححه الترمذى . وعلم منه انهن لا يزدن على السدس فرضا وان كثرن اجماعا لما روى سعيد عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدة إلى أبى بكر فاعطى أم الأم دون أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهل وكان شهد بدرا : يا خليفة رسول الله اعطيت التى ان ماتت لم يرثها ومنعت التى لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما وهذا اجماع وشرطه إذا تحاذين لأنه إذا كان بعضهن أقرب كان الميراث لها . ولا خلاف فى توريث جدتين أم الأم وأم الأب وكذا إن عليا وكانتا فى القرب سواء كام أم وأم أم أب واختلفوا فيما زاد على الجدتين فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات فقط روى ذلك عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الاوزاعى واسحاق وروى عن سعد بن أبى وقاص مايدل على أنه لا يرث أكثر من جدتين وحكى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة ومالك وابن أبى ذئب وأبى ثور وداود وروى عن ابن عباس انه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن فى درجة واحدة إلا من أدلت بأب غير وارث كابى الأم قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة وهو رواية المزنى عن الشافعى

(١) قوله « فان كان بعضهن الخ » إذا كانتا من جهة واحدة فهو للقربى اجماعا وكذا ان كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فبالاتفاق ان الميراث لها دون البعدى إذ الأقرب يحجب الأبعد كالآباء والأبناء وظاهره ان القربى من جهة الأب تحجب البعدى من جهة الام ، وهو المذهب نص عليه ، وهو قول على واحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة واصحابه وهو قول أهل العراق

على قوله « وعنه أن القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم » ه قال فى الهداية وهذا هو المنصوص عن احمد وجزم به القاضى فى جامعه وصححه ابن عقيل فى تذكرته وبه قال مالك والأوزاعى وهو أحد قولى الشافعى لان الاب الذى تدلى به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام فالتى تدلى به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقت القربى من قبل الام

وأم الاب وأم الجد ومن كان من أمهاتهن وإن علت درجتهن [١] وأما أم أبى الام وأم أبى الجد فلا ميراث لهما [٢] . والجدات المتحاذيات أم أم وأم أم أب وأم أبى اب ، وترث الجدة وابنها حى [٣] ، وعنه لاترث . وان اجتمعت جـــدة ذات قرابتين مع أخرى فلهـــا ثلثا السدس فى قياس قوله وللأخرى ثلثه [٤]

---

(١) قوله « ولا يرث أكثر الخ » لما روى سعيد عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام واخرجه أبو عبيد والدارقطنى

(٢) قوله « فاما أم أبى الام الخ » وكذا كل جدة تدلى بغير وارث وهذا اجماع إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين فانهم قالوا بارثه وهو قول شاذ لانه يدلى بغير وارث

على قوله « فلا ميراث لهما » . أما أم أبى الجد فالصحيح من المذهب أنها لاترث بنفسها لانها من ذوى الارحام بل ترث بالتنزيل عند توريث ذوى الارحام ، وقيل ترث وليست من ذوى الارحام ومثلها أم جد الجد ولو علت أبوة واختاره الشيخ تقى الدين وصاحب الفائق

(٣) قوله « ترث الجدة الخ » يعنى سواء كان أبا أو عما اتفاقا وهو المذهب وهو قول عمر وابن مسعود وأبى موسى وعمران بن حصين وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبرى واسحاق وابن المنذر لما روى ابن مسعود قال « أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حى » رواه سعيد والترمذى ، وعنه لاترث بل هى محجوبة بابنها وهو قول زيد وروى ذلك عن عثمان وعلى وبه قال مالك والثورى والاوزاعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لانها تدلى به فلا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام وهذا الخلاف فيما إذا كانت أم الاب أو الجد ، أما لو كان ابنها عما للميت أو عم أب فلا خلاف فى توريثها

على قوله « وان اجتمعت جـدة ذات قرابتين » أى كما لو تزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة أم أبى أبيه وأم أم أمه

(٤) قوله « فلها ثلثا السدس الخ » وهذا المذهب وهو من مفرداته وقال الثورى والشافعى وأبو يوسف هو بينهما نصفين

فصـــل

وللبنت الواحدة النصف فان كانت اثنتين فصاعدا فلهن الثلثان[1] وبنات الابن بمنزلة البنات إذالم يكن بنات[2] فان كانت بنت وبنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن ـ واحدة كانت أو أكثر من ذلك ـ السدس تكملة الثلثين[3] إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين[4]

على قوله « وللبنت الواحدة النصف » ، اجماعا لقوله تعالى ﴿ فان كانت واحدة فلها النصف ﴾ وقضى به عليه السلام

(١) قوله « فلهن الثلثان » لقوله تعالى ﴿ فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك ﴾ وهو إجماع إلا رواية شذت عن ابن عباس ان الاثنتين فرضهما النصف أخذا بالمفهوم والآية ظاهرة الدلالة على ما زاد على اثنتين ووجه دلالتها عليهما ان الآية وردت على سبب خاص وهومارواه جابر قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ فقالت هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم احد وان عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما شيئا من مال . قال : يقضي الله في ذلك . فنزلت آية المواريث فدعا النبي ﷺ عمهما فقال « اعط ابنتي سعد الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه أبو داود وصححه الترمذي والحاكم فدلت الآية على فرض مازاد على الاثنتين ودلت السنة على فرض الاثنتين

(٢) قوله « وبنات الابن الخ » بالإجمـــاع لأن بنت الابن بنته كما ان ابن الابن ابنه

(٣) قوله «فان كانت بنت الخ »وذلك بالإجماع واختصت البنت بالنصف لأنه مفروض لها والاسم يتناولها حقيقة فبقي السدس لبنات الابن تكملة الثلثين وعن هذيل بن شرحبيل قال : سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن واخت فقال : للبنت النصف وللاخت النصف وائت ابن مسعود فسيتابعني . فسئل ابن مسعود واخبر بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين أقضي فيها بما قضى رسول الله ﷺ للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت فاتينا أبا موسى فاخبرناه فقال : لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم . رواه البخاري

(٤) قوله « إلا أن يكون معهن ذكر الخ » أي ذكر في درجتهن وهذا قول =

وان استكمل البنات الثلثين سقط بنات الابن (١) إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصبهن فيما بقي (٢)

فصـــل

وفرض الاخوات من الابوين مثل فرض البنات سواء (٣) والاخوات

= جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم لقوله تعالى ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم ﴾ الآية وانفرد ابن مسعود فقال للبنات الاضرّ بهن من المقاسمة أو السدس ، وذلك مبنى على أصله وهو ان بنت الأبن لايعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين

(١) قوله « وان استكمل البنات الخ » وذلك بالإجماع لانه تعالى لم يفرض للاولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثلثان والمشاركة ممتنعة لانهن دون درجتهن

(٢) قوله « إلا أن يكون الخ » أى للذكر مثل حظ الانثيين هذا قول على وزيد وسائر الفقهاء غير ابن مسعود ومن وافقه فانه خالف الصحابة فى ست مسائل هذه احداهن فجعل الباقى للذكر دون أخواته ، وقاله أبو ثور لان النساء لايرثن أكثر من الثلثين بدليل ما لو انفردن . وجوابه بأنه قد دخلن فى عموم قوله تعالى ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ﴾ بدليل تناول اللفظ لهن لو لم يكن بنات

[فائدة] حكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب فى جميع ما ذكرنا فى المسئلتين

على قوله « إلا أن يكون معهن » ٭ كاخيهن أو ابن عمهن

على قوله « أو أنزل منهن ذكر » ٭ كابن أخيهن أو ابن عمهن أو ابن ابن عمهن

(٣) قوله « وفرض الاخوات الخ » وذلك بالاجماع لقوله تعالى ﴿ ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ﴾

من الاب معهن كبنات الابن مع البنات سواء[1] إلا أنهن لا يعصبهن إلا أخوهن . والاخوات مع البنات عصبة يرثن ما فضل كالاخوة وليست لهن معهن فريضة مسماة[2]

فصـــل

وللواحد من ولد الام السدس ذكرا كان أو أنثى[3]، فان كانا اثنين

---

(١) قوله « والاخوات من الاب الخ » أى فأخت لأبوين وأخت أو أخوات من أب لهن السدس تكملة الثلثين ، فان استكمل الأخوات لأبوين الثلثين سقط الاخوات من الاب لانه لم يبق من فرض الأخوات شيء. إلا أنه لا يعصبهن إلا اخوهن الذكر مثل حظ الانثيين خلافا لابن مسعود وأتباعه فهنا لا يعصبها إلا أخوها فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وثم أخوات لاب وابن أخ لهن لم يكن للاخوات شيء وكان الباقى لابن الأخ بخلاف ما سبق فان ابن الابن ابن وان نزل وابن الأخ ليس بأخ

(٢) قوله « والاخوات مع البنات الخ » وهذا قول عامة الفقهاء. وقال ابن عباس رضى الله عنهما : لاشيء للاخوات وقال فى بنت وأخت للبنت النصف ولا شيء للاخت ، فقيل له ان عمر قضى بخلاف ذلك فقال ابن عباس انتم أعلم أم الله يريد قوله تعالى ﴿ ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ﴾ فجعل لها النصف مع عدم الولد . وهذا لايدل على ما ذهب اليه بل يدل على أن الأخت لايفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به وانما تأخذه بالتعصيب كالأخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قوله تعالى تعالى ﴿ وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ﴾ وعلى قياس قوله ينبغى ان يسقط الأخ لاشتراطه فى توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الإجماع ، والمبين لكلام الله تعالى رسوله ﷺ وقد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقى عن فرضهما وهو الثلث

على قوله « والأخوات » من الأبوين أو الأب

(٣) قوله « وللواحد من ولد الأم الخ » أى بغير خلاف لقوله تعالى ﴿ وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ﴾ والمراد به ولد الأم بالإجماع ، وفى قراءة عبد الله وسعد وله أخ أو أخت من أم

فصاعدا فلهم الثلث بينهم بالسوية (١)

فصل فى الحجب

يسقط الجد بالاب ، وكل جد بمن هو أقرب منه ، والجدات بالام ، وولد الابن بالابن، وولد الابوين بثلاثة بالابن وابنه والاب (٢) ويسقط ولد

---

(١) قوله « فان كانا اثنين الخ » لقوله تعالى ﴿ فهم شركاء فى الثلث ﴾ إذ الشركة من غير تفصيل تقتضى التسوية بينهم ولا نعلم فيه خلافا إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى

[فائدة] الكلالة اسم للورثة غير الابوين والوالدين نص عليه وروى عن الصديق وقاله زيد وابن عباس وجابر بن زيد وأهل المدينة والبصرة والكوفة واحتجوا بقول الفرزدق :

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

وقيل الميت الذى لا ولد له ولا والد وروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقيل قرابة الام واحتجوا بقول الفرزدق المتقدم ، عنى انكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم

على قوله « يسقط الجد بالاب » « اجماعا لانه يدلى به

على قوله « وكل جد بمن هو أقرب منه » « لانه يدلى به كاسقاط الاب الجد

على قوله « والجدات بالام » « سواء كن من جهة الأب أو الام بلا خلاف حكاه ابن المنذر

على قوله « وولد الابن بالابن » « بالإجماع لقربه لانه ان كان اباه فهو يدلى به فسقط به وان كان عمه فهو أقرب منه فيسقط به لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها » الخبر

(٢) قوله « وولد الأبوين الخ » حكاه ابن المنذر اجماعا لأن الله تعالى جعل ارثهم فى الكلالة وهى اسم لما عدا الولد والوالد

على قوله « ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة » « لانهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى

الاب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابوين[1] ويسقط ولد الأم باربعة بالولد ذكرا كان أو أنثى وولد الابن والاب والجد [2]

باب العصبات [3]

وهم عشرة : الابن وابنه والأب وأبوه والأخ وابنه الا من الأم والعم وابنه كذلك ومولى النعمة ومولاة النعمة وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد وأقربهم الابن ثم ابنه وان نزل ثم الاب ثم الجد وان علا ثم الاخ

---

(١) **قوله** « وبالأخ من الابوين » أى لقوته بزيادة القرب . وعن على رضى الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وان اعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات يرث الرجل أخاه لابيه وأمه دون أخيه لأبيه رواه أحمد والترمذى من رواية الحارث عن على . وعنه يسقط ولد الأبوين وولد الأب بجد قال فى الفروع وهو اظهر واختاره شيخنا

(٢) **قوله** « ويسقط ولد الأم الخ » لقوله تعالى ﴿ وان كان رجل يورث كلالة ﴾ وقد سئل النبي ﷺ فقال « أما سمعت الآية التى انزلت فى الصيف ﴿ يستفتونك قـــل الله يفتيكم فى الـكلالة ﴾ وهى من لم يترك ولدا ولا والدا » رواه الحاكم فى المستدرك من حديث أبى هريرة ثم قال صحيح على شرط مسلم . فدل على أنه انما يرث عند عدمهما ، والجد أب وابن الابن ابن

(٣) فى الاصطلاح : هو الوارث بغير تقدير ، أو من يحرز المال إذا لم يكن معه صاحب فرض . وهم ثلاثة أنواع عصبة بنفسه كالمعتق وكل ذكر بسبب ليس بينه وبين الميت انثى كالابن وعصبة بغيره كالبنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت للاب كل باخيها وعصبة مع غيره كالأخوات مع البنات

على **قوله** « والأخ وابنه إلا من الأم » . أى لأن الاخ من الأم صاحب فرض وابن الأخ من الأم من ذوى الأرحام

على **قوله** « والعم وابنه كذلك » . أى من الأبوين أو الأب ، وأما العم من الأم وابن العم من الام فليسا عصبة لانهما من ذى الأرحام

على **قوله** « ويسقط به » . أى بالأقرب

من الأبوين ثم من الأب ثم من ابن الأخ من الابوين ثم من الاب ثم أبناؤهم وان نزلوا ثم الاعمام ثم ابناؤهم كذلك ثم أعمام الاب ثم ابناؤهم كذلك ثم أعمام الجد ثم ابناؤهم كذلك أبدا ، لايرث بنو أب أعلا مع بنى أب أقرب منهم وان نزلت درجتهم[١] ، وأولى ولد كل أب أقربهم اليه فان استووا فأولاهم من كان لابوين وإذا انقرض العصبة من النسب ورث المولى المعتق ثم عصباته من بعده وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ماورثوا للذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن[٢] وابنه[٣] والاخ من الابوين[٤] والاخ من الاب ومن عداهم من العصبات ينفرد الذكور

على قوله « ثم الجد وان علا » * أى مالم يكن إخوة لابوين أو لأب

على قوله « ثم ابن الأخ من الأبوين » * لأنه يدلى بأبيه واقتضى ذلك تقديم الأخ من الاب عليه

على قوله « ثم الاعمام ثم أبناؤهم كذلك » * أى الأعمام من الأبوين مقدمون على الأعمام من الأب وابن العم من الأبوين مقدم على ابن العم من الاب

(١) قوله « لايرث بنو أب أعلى الخ » نص عليه لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر » متفق عليه وأولى هنا بمعنى أقرب ولا يمكن أن تكون بمعنى أحق لما يلزم عليه من الابهام والجهالة

على قوله « فان استووا فأولادهم من كان لأبوين » * وهذا كله مجمع عليه

(٢) قوله « وهم الابن » أى لقوله تعالى ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم ﴾ الآية فجعل الميراث عند اجتماعهما للذكر مثل حظ الأنثيين من غير فرض لهما ولو كانت وحدها لفرض لها

(٣) قوله « وابنه » أى لانه بمنزلته

(٤) قوله « والأخ الخ » أى لقوله تعالى ﴿ وان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ ولو كانت منفردة لفرض لها

بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخ والاعمام وبنوهم[1] وابن الابن يعصب من بازائه من اخواته وبنات عمه[2] ويعصب من أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض[3]، ولا يعصب من أنزل[4]، وكلما نزلت درجته زاد فيمن يعصبه قبيل آخر[5] ومتى كان بعض بنى الاعمام زوجا أو أخا لام أخذ فرضه وشارك الباقين فى تعصيبهم[6] وإذا اجتمع ذو فرض وذو عصبة

---

(١) قوله « وهم بنو الإخوة الخ » أى لأن أخواتهم من ذوى الأرحام لأنهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات ولا يرثن مع اخوتهن شيئا ، وهذا مما لا خلاف فيه

(٢) قوله « يعصب من بازائه الخ » أى لانه ذكر فيدخل فى قوله تعالى للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾

(٣) قوله « ويعصب من أعلى منه الخ » أى فان كان لهن فرض لم يعصبهن فيأخذ ذوات الفرض فروضهن ويكون باقى المال له

(٤) قوله « ولا يعصب من أنزل منه » أى لأنه لو عصبه لاقتضى مشاركته والأبعد لايشارك الأقرب

(٥) قوله « وكلما نزلت درجته الخ » أى لانه يعصب من بازائه فيزداد القبيل الذى بازائه فاذا خلف خمس بنات ابن بعضهن انزل من بعض لا ذكر معهن كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقى للعصبة ، فان كان مع العليا اخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن، وان كان مع الثانية عصبها كان للعليا النصف والباقى بينه وبين الثانية على ثلاثة ، وان كان مع الثالثة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقى بينه وبين الثالثة، فأن كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقى بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة ، وان كان مع الخامسة فالباقى على خمسة بعد فرض الأولى والثانية وتصح من ثلاثين قال المصنف ولا أعلم فى هذا خلافا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بنى الابن بعد استكمال الثلثين .

(٦) قوله « ومتى كان من بعض بنى الأعمام الخ » هذا قول عمر وعلى وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ومن تبعهم

بذى، بذى الفرض فأخذ فرضه وما بقي للعصبة[١] فان استغرقت الفروض المال فلا شيء للعصبة كزوج وأم واخوة لام واخوة لابوين أو لاب للزوج النصف وللام السدس وللاخوه من الام الثلث وسقط سائرهم[٢] وتسمى المشركة والحمارية إذا كان فيها اخوة لابوين ولوكان مكانهم أخوات لابوين أو لاب عالت الى عشرة وسميت ذات الفروخ[٣]

---

(١) قوله «وإذا اجتمع ذو فرض الخ» أى لقوله ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر» متفق عليه

(٢) قوله «وسقط سائرهم» هذا المذهب وهذا قول على وابن مسعود وأبيّ ابن كعب وابن عباس وأبي موسى وبه قال الشعبي والعنبرى وشريك وأبو حنيفة وأصحابه ويحي بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر، وعنه الكل يشتركون فى الثلث ويقسم بينهم سوية روى عن عمر وعثمان وزيد وبه قال مالك والشافعى واسحاق لانهم ساووا الأم فى القرابة التى يرثون بها فانهم جميعا من الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قربا واستحقاقا فلا ينبغى أن تسقطهم ولهذا قال بعض ولد الابوين أو بعض الصحابة لعمر وقد اسقطهم هب ان أبانا كان حمارا فشرك بينهم ولنا قوله تعالى ﴿ وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت ﴾ الآية ولا خلاف فى ان المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهى قوله تعالى ﴿ فان كانوا اخوة رجالا ونساء ﴾ الآية يراد بهذه الآية سائر الإخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكرهم وانثاهم ولقوله عليه الصلاة والسلام «ألحقوا» الخبر، ومن شرك لم يلحق

على قوله «ولو كان مكانهم» أى الإخوة للابوين

على قوله «عالت إلى عشرة» أصلها من ستة للزوج النصف وللام السدس وللاخوة من الام الثلث وللاخوات من الابوين أو الاب الثلثان أربعة فتصير عشرة

(٣) قوله «وسميت ذات الفروخ» أي لانها عالت بمثل ثلثها وهى أكثر ماتعول اليه الفرائض سميت الاربعة الزائدة بالفروخ والستة الام وتسمى =

باب أصول المسائل

الفروض ستة ، وهى نوعان : نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس ،

= الشريحية لأن رجلا أتى شريحاً وهو قاضى البصرة فقال مانصيب الزوج من زوجته فقال النصف مع غير الولد والربع معه فقال امرأتى ماتت وخلفتنى وأمها وأختها من أمها وأختيها لأبيها وأمها فقال لك إذا ثلاثة منعشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أركقاضيكم لم يعطنى نصفاً ولا ربعاً فكان شريح إذا لقيه يقول انك ترانى حاكما ظالماً وأراك فاسقا فاجراً لأنك تكتم القصة وتشيع الفاحشة

[مسائل] (الأولى أم الارامل) وهى ثلاث زوجات وجدتان وأربع أخوات لام وثمان أخوات لأب وأم سميت بذلك لأن الورثة كلهم إناث وتسمى المسبعة والدينارية لأنه يقال فى المعاياة مات ميت وخلف ورثة وسبعة عشر ديناراً صار لكل امرأة دينار واحد ، فأصلها من اثنى عشر وتعول إلى سبعة عشر ومنها تصح. (الثانية الدينارية) وهى امرأة وأم وبنتان واثنا عشر أخاً وأختا لأب وأم . روى أن امرأة قالت لعلى ان أخى من أبى وأمى مات وترك ستمائة دينار وأصابنى دينار واحد فقال لعل أخاك خلفمن الورثة كذا وكذا قالت نعم قال قد استوفيت حقك . فأصلها من أربعة وعشرين وتصح من ستمائة . (الثالثة الامتحان) وهى أربع نسوة وخمس جدات وسبع بنات وتسعة إخوة ، سميت بذلك لأنه يقال فى المعاياة مات رجل وخلف ورثة عدد كل فريق منهم أقل من عشرة فلم تصح مسألتهم إلا من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين سهماً وجزء السهم فيها ألف ومائتان وستون. (الرابعة) ثلاثة إخوة لأبوين أصغرهما زوج له ثلثان ولهما ثلث ونظمها بعضهم فقال:

ثلاثة إخوة لأب وأم　　وكلهم إلى خير فقير
فحاز الأكبران هناك ثلثاً　　وباقى المال أحرزه الصغير

(الخامسة) امرأة ولدت من زوج ولداً ثم تزوجت بأخيه لأبيه وله خمسة ذكور فولدت منه مثلهم ثم تزوجت بأجنبى فولدت منه مثلهم ثم مات ولدها الأول ورث خمسة نصفاً وخمسة ثلثا وخمسة سدسا ويعايا بها فيقال خمسة عشر ذكرا ورثوا مال ميت كذلك فأولاد الزوج الثانى منها هم اخوة لأم وأولاد عمه وأولاده من غيرها أولاد عم فقط وأولادها من الأجنبى إخوة لأم فقط وتصح من ثلاثين

وهى تخرج من سبعة أصول : أربعة لاتعول[1] وثلاثة تعول، فالتى لاتعول هى ما كان فيها فرض واحد أو فرضان من نوع واحد فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الثلثين من ثلاثة والربع وحده أو مع النصف من أربعة والثمن وحده أو مع النصف من ثمانية ، فهذه التى لاتعول . وأما التى تعول فهى التى يجتمع فيها فرض أو فرضان من نوعين فاذا اجتمع مع النصف سدس أو ثلث أو ثلثان فهى من ستة [2] وتعول إلى

على قوله « الفروض » ، المقدرة فى كتاب الله تعالى

على قوله « وربع » ، وهو فرض اثنين

على قوله « وثمن » ، وهو فرض واحد

على قوله « وثلثان » ، وهو فرض أربعة

على قوله « وثلث » ، وهو فرض اثنين

على قوله « وسدس » ، وهو فرض سبعة

(١) قوله « أربعة لاتعول » أى لأن كل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه ، وان اجتمع معه فرض من نوعه فاصلها من مخرج أقلهما لان مخرج الكبير داخل فى مخرج الصغير

على قوله « هى ما كان فيها فرض واحد » ، وما بقى

على قوله « أو فرضان من نوع » ، كنصفين فى مسئلة وهى زوج وأخت لابوين أو لاب وتسمى اليتيمتين لانهما فرضان ورث بهما المال ولا ثالث لهما

على قوله « فهذه التى لاتعول » ، لان العول ازدحام الفروض ، ولا يوجد ذلك هنا

(٢) قوله « فاذا اجتمع مع النصف الخ » أى لان مخرج النصف من اثنين والسدس من ستة فهو داخل فيه فيكتفى به ومخرج الثلث من ثلاثة والنصف من اثنين فتضرب إحداهما فى الاخرى تكن ستة وذلك أصل المسئلة وهو مخرج السدس زوج وأم وأخت لام

عشرة [1] ولا تعــول إلى أكثر من ذلك . وان اجتمع مع الربع أحـد الثلاثة فهى من اثنى عشر [2] ، وتعول على الافراد إلى سبعة عشر [3] ولا تعول إلى أكثر منها . وإن اجتمع مع الثمن سدس أو ثلثان

---

(١) قوله « وتعول الخ » العول زيادة فى السهام نقص فى أنصباء الورثة فيعول هذا الأصل إلى سبعة كزوج وأختين لأبوين أو لأب أو إحداهما من أبوين والأخرى من أب . وإلى ثمانية كزوج وأخت من أبوين وأم وتسمى المباهلة لأن عمر شاور الصحابة فيها فأشار العباس بالعول واتفقت الصحابة عليه إلا ابن عباس لـكن لم يظهر النكير فى حياته فلما مات عمر دعا إلى المباهلة وقال من شاء باهلته أن الذى أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل فى المال نصفاً ونصفاً وثلثاً ، إذا ذهب النصفان فأين محل الثلث ، وايم الله لوقدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت مسئلة قط . فقيل له لم لاأظهرت هذا زمن عمر ؟ قال كان مهيباً فهبته . وإلى تسعة كزوج وأم وثلاث أخوات مفترقات ويسمى عولها الغراء لأنها حدثت بعد المباهلة واشتهر القول بها . وإلى عشرة كزوج وأم وأختين من أبوين وأختين من أم وهى أم الفروخ ومن عالت مسئلته إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة لم يكن الميت إلا امرأة لانه لابد فيها من زوج

(٢) قوله « وان اجتمع مع الربع الخ » أى لان مخرج الربع أو الثلث لا موافقة بينهما فاضرب أحـــدهما فى الآخر والرابع والسدس بينهما موافقة بالانصاف فاضرب وفق أحدهما فى الآخر يبلغ ذلك ولابد فى هذا الاصل من أحد الزوجين لاجل فرض الربع كزوج وأبوين وخمس بنين

على قوله « وإن اجتمع مع الربع أحد الثلاثة » أى الثلثان أو الثلث أو السدس

(٣) قوله « وتعول على الافراد الخ » أمثلة العول : زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر . امرأة وثلاث بنات مفترقات ، زوج وابنتان وأم تعول إلى خمسة عشر . امرأة وأختان من أب وأختان من أم ، امرأة وأم واختان لابوين أو لاب وأختان لام تعول إلى سبعة عشر . ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان اخوات لابوين او لاب تعول إلى سبعة عشر وتسمى ام الارامل . ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا وإنما كان عول هذا الاصل على

فأصلها من أربعة وعشرين [١] وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول إلى أكثر منها [٢] وتسمى البخيلة لقلة عولها والمنبرية لان عليا رضى الله عنه سئل عنها على المنبر فقال : صار ثمنها تسعا

فصل فى الرد

وإذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبة رد على ذوى الفروض بقدر فروضهم [٣] الا الزوج والزوجة فان كان المردود عليه واحدا أخذ المال

= الافراد لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو الربع فانه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها أزواج

(١) قوله « وان اجتمع مع الثمن الخ » أى فتضرب مخرج الثمن فى مخرج الثلثين أو فى وفق مخرج السدس يبلغ ذلك ، وإنما لم يذكر الثلث لانه لايجتمع مع الثمن لكونه فرض الزوجة مع الولد ولا يكون الثلث فى مسالة فيها ولد لانه لايكون إلا لولد الأم والولد يسقطهم وللأم بشرط عدم الولد زوجة وأم وابنتان

(٢) قوله « وتعول الخ » وهو أن يكون فى الورثة من له ثمن ونصف وثلاثة أسداس كزوجة وبنت وبنت ابن وأبوين وأن يكون فيهم من له ثمن وسدسان وثلثان كزوجة وأبوين وابنتين » ولا يكون الميت فى هذا الاصل إلا رجلا ، بل لاتكون المسئلة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل

(٣) قوله « وإذا لم تستوعب الفروض الخ » وهذا قول عمر وعلى وابن مسعود وقاله الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، قال ابن سراقة وعليه العمل اليوم فى الأمصار ، وعن أحمد لايرد على ولد الأم مع الأم ولا جدة مع ذى سهم . وقال زيد الفاضل عن ذوى الفروض لبيت المال ولا يعطى أحد فوق فرضه وهو رواية عن أحمد وبه قال مالك والشافعى لقوله تعالى ﴿ فلها نصف ماترك ﴾ ومن رد عليها أعطاها الكل وجوابه قوله تعالى ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ وقد رجحوا بالقرب إلى الميت فكان أولى من بيت المال ، ويؤيده قوله عليه السلام « من ترك مالا فلورثته » ولحديث واثلة تحوز المرأة ثلاثة مواريث

كله وان كان فريقا من جنس واحد كبنات أو اخوات اقتسموه كالعصبة[١] وان اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة واجعله أصل مسألتهم[٢] فأن كانا سدسين كجدة وأخ من أم فهى من اثنين ، وان كان مكان الجدة أم فهى من ثلاثة[٣] وان كان مكانها أخت لابوين فهى من أربعة[٤] وان كان معها أخت لاب فهى من خمسة[٥] ولا تزيد على هذا أبدا لانها لو زادت سدسا

على **قوله** « فان كان المردود عليه واحداً » ، كام وجدة أو بنت أو أخت

على **قوله** « أخذ المال كله » ، بالفرض والرد

(١) **قوله** « اقتسموه كالعصبة » أى من البنين والإخوة فان انكسر عليهم ضربت عددهم فى مسئلة الرد

على **قوله** « اقتسموه » ، لأنهم استووا فيه

على **قوله** « فخذ عدد سهامهم من أصل ستة » ، ابدا لان الفروض كلها تخرج من ستة إلا الربع والثمن فانهما فرضا الزوجين وليسا من أهل الرد

(٢) **قوله** « واجعله أصل مسألتهم » أى فيقسم المال عليهما وينحصر ذلك فى أربعة أصول : الاول قوله فان كانا سدسين الخ اى للجدة السدس وللأخ من الأم السدس أصلها اثنان ثم يقسم المال بينهما لكل واحد نصف المال لأن كلا منهما يدلى بمثل ما يدلى به الآخر

(٣) **قوله** « وان كان مكان الجدة الخ » هذا الأصل الثانى ، أى للأم الثلث وللاخ من الأم السدس ثم يقسم المال بينهما على ثلاثة للأم سهمان لانها تدلى بمثلى الاخ وللآخر سهم

(٤) **قوله** « وان كان مكانها اخت الخ » هذا الاصل الثالث فللاخت النصف وللاخ من الأم السدس فالمال مقسوم بينهما على أربعة لان الاخت تدلى بثلاثة أمثال الاخ

(٥) **قوله** « وان كان معها اخت الخ » هذا الاصل الرابع فللاخت من الأبوين النصف وهو ثلاثة اسداس وللاخت من الأب السدس وللاخ من الأم السدس وكذا ثلاث أخوات مفترقات وأم واخت من أبوين واخت لام وبنتين وجدة

آخر لكمل المال . وان انكسر على فريق منهم ضربته فى عدد سهامهم لانه أصل مسألتهم (١) فان كان معهم أحد الزوجين فاعطه فرضه من أصل مسئلته واقسم الباقى على مسئلة الرد وهو ينقسم إذا كان زوجة ومسئلة الرد من ثلاثة فللزوجة الربع والباقى لهم فتصير المسئلة من أربعة، وفى غير هذا تضرب مسئلة الرد فى مسئلة الزوج فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة (٢) فاذا كان زوج وجدة وأخ من

على قوله « لانها لو زادت سدساً آخر لكمل المال » * ولم يبق شيء يرد

على قوله « وان انكسر على فريق منهم ضربته » * أى ضربت عدد الفريق المنكسر عليهم

على قوله « فى عدد سهامهم » * أى سهام الورثة جميعهم

(١) قوله « لأنه أصل مسألتهم » أى كما صارت السهام فى القول هى المسئلة التى تضرب فيها العدد . بيان ذلك فى أصل اثنين اربع جدات واخ من أم للجدات سهم لاينقسم عليهن فتضرب عددهن فى اصل المسئلة وهو اثنان تكن ثمانية للاخ اربعة ولكل واحد سهم . اصل ثلاثة ام وثلاث اخوات من ام للاخوات سهمان لايصح عليهن فتضرب عددهم فى اصل المسئلة وهو ثلاثة تكن تسعة ومنها تصح . اصل اربعة اخت لأبوين واربع اخوات لأب لهن سهم لاينقسم عليهن فاضرب عددهن فى اصل المسئلة وهو اربعة تكن ستة عشر ومنها تصح . اصل خمسة ام واخت لأبوين واربع اخوات لأب فاضرب عددهن فى اصل المسئلة تكن عشرين ومنها تصح

على قوله « ومسألة الرد من ثلاثة » * كأم واخ من ام وزوجة وام واخوين من أم

على قوله « والباقى لهم » * فللام من الأولى سهمان والاخ سهم وفى الثانية للام سهم وللاخوين سهمان

على قوله « فتصير المسئلة من اربعة » * اى فتصح المسئلتان من اربعة

(٢) قوله « وفى غير هذا ـ إلى قوله ـ المسئلة » فاذا اردت القسمة فلاحد الزوجين فرضه ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسئلته مضروب فى الفاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحدا وان كانوا جماعة قسمته بينهم وان =

أم فمسئلة الزوج من اثنين ومسئلة الرد من اثنين تضرب احداهما فى الاخرى تكن أربعة وإن كان مكان الزوج زوجة ضربت مسئلة الرد فى أربعة تكن ثمانية وان كان مكان الجدة أخت لابوين[1] انتقلت الى ستة عشر وان كان مع الزوجة بنت وبنت ابن انتقلت الى اثنين وثلاثين ، وان كان معهم جدة صارت من أربعين ثم تصحح بعد ذلك على ما نذكره

باب تصحيح المسائل

إذا لم ينقسم سهم فريق عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم فى أصل المسئلة[2] وعولها إن كانت عائلة[3] ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان

= لم ينقسم ضربته أو وفقه فيما انتقلت اليه المسئلة وينحصر ذلك فى خمسة أصول ذكرها المؤلف : الاول قوله فاذا كان زوج الخ

على قوله « فمسئلة الزوج من اثنين » « لان فرضه النصف ومخرجه من اثنين

على قوله « وان كان مكان الزوج زوجة » « أى فان كانت زوجة وجدة وأخا لأم

على قوله « تكن ثمانية » « ولا يكون الكسر فى هذا الأصل إلا على الجدات

(١) قوله « وان كان مكان الجدة أخت لأبوين » أى فان كان معها زوجة وأخ من أم انتقلت إلى ستة عشر فللزوجة الربع واحد بقى ثلاثة على مسألة الرد وهى من أربعة لا توافق ولا تنقسم فاضرب احداهما فى الاخرى ستة عشر للزوجة أربعة وللاخت من الابوين تسعة وللاخ من الام ثلاثة

على قوله « قسمة صحيحة » « أى بلا كسر

(٢) قوله « فاضرب عددهم فى أصل المسئلة » وذلك كزوج وثلاثة اخوة وأم أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم وللاخوة سهمان لا تصح ولا يوافق فاضرب عددهم وهو ثلاثة فى أصل المسئلة وهو ستة تكن ثمانية عشر

على قوله « فاضرب عددهم » أى عدد رؤس المنكسر عليهم

(٣) قوله « وعولها الخ » أى تضرب عددهم فى أصل المسئلة وعولها ان كانت =

لجماعتهم[١]، إن أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء[٢]فيجزئك ضرب وفق عددهم[٣]ثم يصير لكل واحد وفق ما كان لجماعتهم ، وإن انكسر على فريقين وأكثر وكانت متماثلة كثلاثة وثلاثة اجتزأت بأحدها[٤] وإن كانت متناسبة ـ وهو أن تنسب الاول إلى الاكثر

= عائلة كزوج وأم وخمس بنات أصلها من اثنى عشر وتعول إلى ثلاثة عشر للزوج الربع ثلاثة وللام السدس اثنان وللبنات الثلثان ثمانية لا ينقسم على عددهن ولا يوافق فاضرب عددهن خمسة فى ثلاثة عشر تكن خمسة وستين

(١) قوله « فيصير لكل واحد الخ » أى فى الاولى لكل أخ سهمان وفى الثانية لكل بنت ثمانية

(٢) قوله « إلا أن يوافق الخ » أى كما لو كان الاخوة أربعة فان سهامهم توافقهم بالنصف وهو اثنان

(٣) قوله « فيجزيك ضرب وفق الخ » فزوجة وأربعة عشر ابنا للزوجة الثمن والباقى وهو سبعة للبنين لا يصح ويوافق بالاسباع فاضرب وفق البنين وهو سهمان فى ثمانيه تكن ستة عشر للزوجة سهم فى اثنين باثنين وللبنين سبعة فى اثنين باربعة عشر لكل ابن سهم وهو وفق ما كان لجماعتهم لان الذى لجماعتهم سبعة ووفقها هنا سهم لان الموافقة هنا بالاسباع

على قوله « وان انكسر على فريق أو أكثر » لم يخل من أربعة أقسام إما المماثلة أو المناسبة أو التباين أو الموافقة ، وأشار إلى كل منها فقال فى الاول وكانت متماثلة الخ

(٤) قوله « اجتزأت بأحدها » طريق قسمتها كطريق القسمة فيما إذا كان الكسر على فريق واحد كثلاثة اخوة لام وثلاثة اخوة لاب لولد الام الثلث والباقى لولد الاب أصلها من ثلاثة سهم كل فريق منهم لا ينقسم ولا يوافق فيكتفى باحد العددين وهو ثلاثة فاضربها فى أصل المسئلة تكن تسعة لولد الام سهم فى ثلاثة بثلاثة لهما واحد سهم ولولد الاب اثنان فى ثلاثة فسبته لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الاب ستة وافقت سهامهم بالنصف فيرجع عددهم إلى ثلاثة وكان العمل كما ذكرنا

بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو ربعه - اجتزأت بأكثرها وضربته في المسئلة وعولها[1] وإن كانت متباينة[2] ضربت بعضها في بعض فما بلغ ضربته فى المسئلة وعولها[3] وان كانت متوافقة كأربعة وستة وعشرة ضربت وفق أحدهما فى الآخر ثم وافقت بين ما بلغ وبين الثالث وضربت وفق أحدهما فى الآخر ثم اضرب مامعك فى أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة[4] فما بلغ

---

(١) قوله « وان كانت متناسبة الخ » وعولها إذا كانت عائلة كجدتين وأربعة اخوة لاب للجدتين السدس وللاخوة ما بقي أصلها من ستة وعددهم لا يوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الاخوة فاجتزأت بالاكبر وهو أربعة واصل به فى أصل المسئلة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم فى أربعة باربعة وللاخوة خمسة فى أربعة بعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الاخوة عشرين لوافقتهم سهامهم بالاخماس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل كذلك ومسألة العول اثنا عشر اختا لاب وثلاث اخوات لام وست جدات المسئلة من ستة وتعول إلى سبعة والثلاث ربع الاثنى عشر والست نصفها فاضرب اثنى عشر فى سبعة تكن أربعة وثمانين

(٢) قوله « وان كانت متباينة » أى لا يماثل احدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه

(٣) قوله « ضربت بعضها الخ » أى تضرب بعضها فى بعض فما بلغ فهو جزء السهم ثم تضربه فى المسئلة فما بلغ فمنه تصح مثاله أم وثلاثة أخوة لام وأربعة لاب أصلها من ستة لولد الام سهمان لا يوافقهم ولولد الاب ثلاثة لا يوافقهم والعددان متباينان فاضرب احدهما فى الآخر يكن اثنى عشر وهو جزء السهم فاضربه فى اصل المسئلة يكن اثنين وسبعين ومنها تصح للام سهم فى اثنى عشر مثلها ولولد الام سهمان فى اثنى عشر باربعة وعشرين لكل واحد ثمانية ولولد الاب ثلاثة فى اثنى عشر بستة وثلاثين لكل واحد تسعة

(٤) قوله « وان كانت متوافقة الخ » مثاله ست جدات وتسع بنات وخمسة عشر أخا اصلها من ستة والاعداد متوافقة بالأثلاث فتوقف الخمسة عشر مثلا ثم اضرب وفق الجدات وهو اثنان فى جميع الآخر وهو تسعة يكن ثمانية عشر وبينها وبين الموقوف موافقة فاضرب وفقها وهو ستة فى خمسة عشر يبلغ تسعين هى جزء

فمنه تصح فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب فى العدد الذى ضربته فى المسئلة فما بلغ فهو له إن كان واحدا وان كانوا جماعة قسمته عليهم

باب المناسخات

ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسمة تركته ، ولها ثلاثة أحوال : (أحدها) أن يكون ورثة الثانى يرثونه على حسب ميراثهم من الاول[1] مثل أن يكونوا عصبة لهما فاقسم المال بين من بقى منهم ولا تنظر إلى الميت الاول . (الثانى) أن يكون ما بعد الميت الاول من الموتى لايرث بعضهم بعضا كاخوة خلف كل واحد منهم بنيه[2] فاجعل مسائلهم كعدد

= السهم فاضربها فى أصل المسئلة تبلغ خمسمائة وأربعين هذا إذا كانت الاعداد ثلاثة فما فوق فأن كان عددان متوافقان فانك ترد احدهما الى وفقه وتضربه فى جميع الآخر فما بلغ ضربته فى المسئلة كزوج وست جدات وتسع أخوات فيتفقان بالاثلاث فترد الجدات إلى ثلثهن اثنين وتضربها فى عدد الاخوات تكن ثمانية عشر وهى جزء السهم ثم تضرب ذلك فى اصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح

على قوله « وإن كانت متوافقة » * بجزء من الاجزاء الطبيعية

على قوله « كاربعة وستة وعشرة » * فانها توافق بالانصاف

على قوله « وبين الثالث » * أى الموقوف

(١) قوله « أحدها أن يكون ورثة الثانى الخ » أى كأربعة بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن بقى ابنان وبنت فاقسم المال على خمسة ولا يحتاج إلى عمل وكذا تقول فى ابوين وزوجة وابنين وبنتين ماتت بنت ثم الزوجة ثم ابن عم الاب ثم الأم فقد صارت المواريث كلهـــا بين الابن والبنت الباقيين اثلاثا واستغنيت عن عمل المسائل

(٢) قوله « خلف كل واحد منهم بنيه » وذلك كرجل توفى وترك اربعة بنين فمات احدهم عن ابنين والثانى عن ثلاثة والثالث عن أربعة والزوج عن ستة فالاولى من أربعة والثانية من اثنين والثالثة من ثلاثة والرابعة من أربعة والخامسة من ستة

انكسرت عليهم سهامهم[1] وصحح على ما ذكرنا فى باب التصحيح[2]. (الثالث) ما عـــدا ذلك فصحح مسئلة الاول وانظر ما صار للثانى منها فاقسمه على مسئلته فان انقسم صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى كرجل خلف امرأة وبنتا وأخا ثم ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتا وعمها فان لها أربعة ومسئلتها من أربعة فصحت المسئلتان من ثمانية وصار للاخ أربعة [3] وان لم ينقسم

---

(١) قوله « فاجعل مسائلهم الخ » أى لان كل مسئلة يستحقها فهى كالعدد المذكور

(٢) قوله « وصحح الخ » أى لان المسائل الاعداد أربعة فالاثنان يدخلان فى الاربعة والثلاثة فى الستة والاربعة توافق الستة بالانصاف فتضرب نصف احدهما فى الاخرى تكن اثنى عشر ثم تضرب بها فى المسئلة الاولى تكن ثمانية واربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من ابنى الاول ستة ولكل واحد من بنى الثانى أربعة ولكل واحد من بنى الثالث ثلاثة ولكل واحد من بنى الرابع سهمان . وان كانت متباينة ضربت بعضها فى بعض فما بلغ ضربته فى الاولى كما لو خلف أحد الاخوة ابنين والآخر ثلاثة والآخر خمسة فان كانت متماثلة اجتزأت بأحدها كما لو خلف كل واحد ابنين

على قوله « الثالث ما عدا ذلك » * وهو ثلاثة اقسام أحدها ان تنقسم سهام الميت الثانى على مسألته ، الثانى ان لاتنقسم عليها بل توافقها ، الثالث ان لا تنقسم عليها ولا توافقها

على قوله « فاقسمه على مسألته » * بعد ان تصححها

على قوله « كرجل خلف امرأة وبنتا وأخا » * هى من ثمانية

على قوله « فان لها » * من الاولى

على قوله « ومسألتها من أربعة » * للزوج الربع سهم وللبنت النصف سهمان والباقى وهو سهم لعم

(٣) قوله « فصحت المسئلتان من ثمانية وصار للاخ أربعة » أى صار له من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم ومن ذلك أم وعم مات العم عن بنت وعصبة =

وافقت بين سهامه ومسئلته ثم ضربت وفق مسئلته فى المسئلة الاولى ثم كل من له شىء من الاولى مضروب فى وفق الثانية ومن له شىء من الثانية مضروب فى وفق سهام الميت الثانى مثل أن تكون الزوجه أما للبنت فى مسئلتنا فان مسئلتها من اثنى عشر توافق سهامها بالربع فترجع الى ربعها ثلاثة تضربها فى الاولى تكن أربعة وعشرين [1] ، وان لم توافق سهامه مسئلته ضربت الثانية فى الاولى وكل من له شىء من الاولى مضروب فى الثانية ومن

= الاولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسئلتان من ثلاثة ثلاث اخوات مفترقات ماتت الاخت من الابوين عن ابنتين ومن خلفت صحت المسئلتان من خمسة بنت وبنت ابن ماتت البنت عن ابنتين وعمها فصحت المسئلتان من ستة وصار للاخ ثلاثة

على قوله « فى المسئلة الاولى » ٭ ليخرج بلا كسر

على قوله « مضروب فى وفق سهام الميت الثانى » ٭ لان به يعلم قدر مالكل واحد

على قوله « فى مسئلتنا » ٭ أى فى المسئلة الاولى

على قوله « فان مسئلتها من اثنى عشر » ٭ لان فيها نصفا وربعا وسدسا

على قوله « توافق سهامها بالربع » ٭ لان لها من الاولى أربعة بينها وبين الاثنى عشر موافقة بالاربارع

على قوله « فترجع الى ربعها ثلاثة » ٭ لانه وفقها

على قوله « فى الاول » ٭ وهى ثمانية

(١) قوله « تكن أربعة وعشرين » أى للمرأة من الاولى سهم فى ثلاثة بثلاثة وللاخ ثلاثة فى ثلاثة بتسعة وللزوج من الثانية ثلاثة مضروبة فى واحد لانه الوفق بثلاثة وللبيت ستة فى واحد بستة والام سهمان فى واحد بسهمين وللعم سهم . ومن ذلك زوج وأم وست اخوات مفترقات ماتت احدى الاختين من الام وخلفت من خلفت فالاولى من عشرة والثانية من ستة لانها خلفت أما واختين لابوين وأختين من أب تضربها فى الاولى ومنها تصح

له شيء من الثانية مضروب فى سهام الثانى مثل أن تخلف البنت بنتين فان مسئلتها تحول إلى ثلاثة عشر تضربها فى الأولى تكن مئة وأربعة تعمل على ماذكرنا ، فان مات ثالث جمعت سهامه مما صحت منه الأوليان وعملت فيها عملك فى مسئلة الثانى مع الاولى ، وكذلك تصنع فى الرابع ومن بعده

باب قسم التركات

إذا خلف تركة معلومة فامكنك نسبة نصيب كل وارث من المسئلة فاعطه مثل تلك النسبة من التركة وإن شئت قسمت على المسئلة وضربت الخارج بالقسم فى نصيب كل وارث فما اجتمع فهو نصيبه وإن شئت ضربت سهامه فى التركة وقسمتها على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ، وان شئت فى مسائل المناسخات قسمت التركة فى المسئلة الاولى ثم أخذت نصيب الثانى وقسمته على مسئلته وكذلك الثالث ، وان كان بين التركة والمسئلة موافقة فوافق بينهما واقسم وفق التركة على وفق المسئلة ، وإن أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة واعمل على ماذكرنا ، فان كانت التركة سهاما من عقار كثلث وربع ونحو ذلك فان شئت أن تجمعها من قراريط الدينار وتقسمها على ماقلنا ، وإن شئت وافقت بينها وبين المسئلة وضربت المسئلة أو وفقها فى مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب فى السهام الموروثة من العقار أو فى وفقها فما كان فانسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه

باب ذوى الارحام

وهم كل قرابة ليس بذى فرض ولا عصبة . وهم أحد عشر صنفا (١): ولد

---

(١) قوله « وهم أحد عشر الخ » فهؤلاء يسمون ذوى الارحام ، وهم وارثون حيث لم يكن عصبة ولا ذو فرض من أهل الرد روى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله وأبى عبيدة بن الجراح ومعاذ وأبى الدرداء وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وحكاه الخبرى عن أبى هريرة وعائشة

البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاعمام وبنو الاخوة من الام والعم من الام والعمات والخالات والاخوال وأبو الام وكل جدة أدلت بأب بين أمين أو بأب أعلى من الجد ومن أدلى بهم ويرثون بالتنزيل[1] وهو أن تجعل كل شخص بمنزلة من أدلى به[2] فتجعل ولد البنات والاخوات

= وسائر الفقهاء . وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير لما روى عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والخالة فانزل الله ان لاميراث لها رواه سعيد في سننه والدارقطني . ولنا قوله تعالى ﴿ واولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ الآية أي أحق بالتوارث في حكم الله ، قال العلماء كان التوارث في ابتداء الأسلام بالحلف لقوله تعالى ﴿ والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ﴾ ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالأسلام والهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه لقوله تعالى ﴿ والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ﴾ ثم نسخ بقوله تعالى ﴿ وأولو الأرحام ﴾ الآية وعن المقداد أن رسول الله ﷺ قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » رواه الشافعي وأحمد وغيرهما ورجاله ثقات ، وروى أحمد وابن ماجه والترمذي وحسنه نحو هـــذا من حديث أبي أمامة ، قال الترمذي والى هذا الحديث ذهب أكثر أهل العلم

على **قوله** « وكل جدة أدلت بأب بين أمين » بلا نزاع

على **قوله** « أو بأب أعلى من الجد » وهذا الصحيح من المذهب ، وقيل من ذوي الفروض اختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق وقال : هو ظاهر كلام الخرقي

(١) **قوله** « ويرثون بالتنزيل » هذا المذهب وعليه الأصحاب وعنه انهم يرثون على ترتيب العصبات وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لجعلوا أولاهم أولاد البنات ثم أولاد الاخوات ثم الاخوال والخالات وأولاهم من كان لأبوين ثم لأب

(٢) **قوله** « وهو أن تجعل كل شخص الخ » أي لأنهم نزلوا كل فريق منهم منزلة الوارث الذي يدلي به وقسموا نصيب الوارث بين المدلين به على قدر ميراثهم منه فان بعدوا نزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من يمتون به فيأخذون ميراثه

كأمهاتهم (١) وبنات الاخوة والاعمام وولد الاخوة من الام كآبائهم والاخوال والخالات وآباء الام كالام والعمات والعم من الام كالاب ، وعنه كالعم ، ثم تجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به (٢) وان أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم منه فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء (٣) ، وعنه للذكر مثل حظ الانثيين (٤) إلا ولد

---

(١) قوله « فتجعل ولد البنات الخ » روى ذلك عن علي وعمار وابن مسعود ، وهذا هو الصحيح في تنزيل العمة أبا والخالة أما لما روى الزهري وفي ابن المنجا عن أنس أن رسول الله ﷺ قال « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم » رواه أحمد، ولأن الأب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما

على قوله « وعنه » * أن العمة والعم من الام كالعم

على قوله « كالعم » * روى عن علي وقاله علقمة ومسروق . فعلى هذا تجعلهن كلهن بمنزلة العم من الابوين لانه أقواهم

[مسائل] من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فان كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فان كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين وللخالة السدس والباقي لبنت الأخ فان كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ وأخذت باقي المال لان العمة كالأب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ، ومن نزلها عماً جعل الباقي لبنت الاخ واسقط بها العمة

(٢) قوله « ثم تجعل نصيب كل وارث الخ » أي كما ذكرنا

(٣) قوله « وان أدلى جماعة بواحد الخ » هذا المذهب نص عليه نقل الاثرم وابراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية وهذا قول أبي عبيد واسحاق لانهم يرثون بالرحم المجردة فاستوى ذكرهم وانثاهم كولد الام

على قوله « واستوت منازلهم منه » * بأن كانوا في درجة واحدة

على قوله « بالسوية » * كارثهم منه

(٤) قوله « وعنه للذكر الخ » هذا قول أهل العراق وعامة المنزلين كالاولاد لأن ميراثهم معتبر بغيرهم ولا يجوز حملهم على ذوي الفروض لإستيعابهم المال به ولا العصبة البعيد لانفراد الذكور به فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات

الام[1] وقال الخرق يسوى بينهم إلا الخال والخالة، وإذا كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فلبنت الاخت وحدها النصف وللأخرى وأخيها النصف[2] بينهما، وان أختلفت منازلهم من المدلى به جعلته كالميت وقسمت نصيبه بينهم على ذلك كثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الخالات على خمسة أسهم والثلثان بين العمات كذلك[3] فاجتزى بأحداهما واضربها فى ثلاثه تكن خمسة عشر للخالة التى من قبل الاب والام ثلاثة أسهم وللتى من قبل

(١) قوله « إلا ولد الام » هذا متفق عليه بين الجميع لان آباءهم يستوى ذكورهم واناثهم وغايته أن يثبت للفرع ما للاصل ، مثال ذلك ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفان على المذهب وأثلاثا على الثانية بنت بنت وبنت بنت ابن هى من أربعة عند المنزلين جميعهم ، وعند أهل القرابة المال لبنت البنت فان كان معهما بنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنتا ابن وبنت فمسئلتهم من ثمانية وتصح من ستة عشر

على قوله « فلبنت الاخت وحدها النصف » ، لانه حق أمها

(٢) قوله « وللأخرى وأخيها الخ » يحتمل أن يكون بينهما نصفين وهو قول الجمهور فعلى هذا تصح من أربعة ويحتمل أن يكون بينهما اثلاثا وهو الرواية الاخرى فتصح من ستة والاول أظهر

على قوله « جعلته كالميت » ، لان جهة اختلاف المنازل تظهر بذلك

على قوله « وقسمت نصيبه بينهم على ذلك » ، لانه يجعل كالميت والميت يقسم نصيبه على ورثته بحسب منازلهم منه ، ثم بين ذلك بقوله كثلاث الخ

(٣) قوله « فالثلث بين الخالات الخ » أى لان الخالات يدلين بالأم والعمات يدلين بالاب على المذهب فكأن الميت خلف أبا وأما فما صار للام بين أخواتها على خمسة وكذلك فى العمات فصار الكسر فى الموضعين على خمسة

« فاجتزىء بأحداهما » أى احداهما تجزىء عن الاخرى

« واضربها فى ثلاثة » لان فيها ثلثا فكل من القبيلين مسئلته من ستة فترجع بالرد إلى خمسة وسهم كل قبيل لاينقسم على مسئلته ولا يوافق فاكتف بأحدهما لتماثله واضربه

الأب سهم وللتى من قبل الام سهم [1] وللعمة التى من قبل الاب والام ستة أسهم وللتى من قبل الاب سهمان وللتى من قبل الام سهمان [2] فان خلف ثلاثة أخوال مفترقين فللخال من الام السدس والباقى للخال من الابوين [3] وان كان معهم أبو أم أسقطهم كما يسقط الاب الإخوة [4]، وان خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الابوين وحدها [5] ، وإن أدلى

« تكن خمسة عشر »

على قوله « على خمسة أسهم » . لانهن يدلين بالام

على قوله « تكن خمسة عشر » . فللخالات سهم فى خمسة مقسومة بينهن

(١) قوله « للخالة التى من قبل الاب والام الخ » أى لان الثلث قد صار للام فيقسم بين أخواتها على ما ذكر لانهن أخوات لهـــا مفترقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد

(٢) قوله « وللعمة التى من قبل الاب الخ » وهذا قول عامة المنزلين ، وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين الثلث وسقط سائرهم ، فعلى ما ذكره المؤلف ان كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة وتصح من ثمانية عشر عند المنزلين

(٣) قوله « وان خلف ثلاثة أخوال مفترقين الخ » أى كما لو خلف ثلاثة إخوة مفترقين فانه يسقط الاخ من الاب بالاخ من الابوين كسقوط الخال من الاب به فعلى هذا تصح المسئلة من ستة

(٤) قوله « وإن كان معهم الخ » أى لان حكم من يدلى مثل حكم المدلى به والاب المدلى به يسقط الاخوة فكذا أبو الام المدلى به يسقطهم

على قوله « وان كان معهم » . أى مع الاخوال

(٥) قوله « وان خلف ثلاث بنات عمومة الخ » نص عليه لانهن أقمن مقام آبائهن فبنت العم من الابوين بمنزلة أبيها وبنت العم من الاب بمنزلة أبيها وبنت العم من الام بمنزلة أمها . ولو مات شخص وخلف ثلاثة أعمام مفترقين كان الميراث للعم من الابوين لسقوط العم من الاب به والآخر من ذوى الارحام وهذا قول =

جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به[1] وان أسقط بعضهم بعضا أعملت على ذلك ، فان كان بعضهم أقرب من بعض فمن سبق إلى الوارث ورث واسقط غيره[2] إلا أن يكونا

= أهل القرابة وأكثر أهل التنزيل . وقال الثورى : المـــال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة ، وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقى لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة . ورده فى المغنى بأنهن بمنزلة آبائهن وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة يرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة

(١) قوله « وان أدلى جماعة الخ » أى فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا لانهم وراثه فاذا خلف ثلاث بنات أخت لابوين وثلاث بنات أخت لاب وثلاث بنات أخت لام وثلاث بنات عم اقسم المال بين المدلى به فلبنات الاخت من الابوين النصف ولبنات الاخت من الاب السدس وللآخرين كذلك والباقى وهـــو سهم للعم ثم أقسم نصيب كل وارث على ورثته فنصيب الاخت للأبوين على بناتها لاتصح ولا توافق وكذا نصيب الاخت للام والاعداد متماثلة فاجتزئ بعضها واضربه فى أصل المسئله تكن ثمانية عشر لبنات الاخت الأبوين تسعة لكل واحدة ثلاثة ولبنات الاخت الاب ثلاثة لكل واحدة سهم ولبنات الاخت للام كذلك ولبنات العم مثلهن

على قوله «كانهم أحياء » * لانهم أصل من أدلى به

على قوله « عملت على ذلك » * كابى الام والاخوال فاسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات وثلاث بنات إخوة مفترقين لبنت الاخ للام السدس والباقى للتى من الابوين كآبائهن

(٢) قوله « وان كان بعضهم أقرب الخ » أى ولو بعد عن الميت ويسقط غيره إذا كانا من جهة واحدة كبنت بنت وبنت بنت بنت المال للاولى لأن القريب يرث ويسقط البعيد وكخالة وأم أبى أم الميراث للخالة لانها تلقى الام باول درجة

على قوله « حتى يلحق بوارثه » * فيأخذ نصيبه

على قوله « سقط به القريب أولا » * أى عند المنزلين فى ذلك

من جهتين فتنزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا كبنت بنت بنت وبنت أخ لأم المال لبنت بنت البنت (١). والجهات أربع: الابوة والامومة والبنوة والأخوة(٢). وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة، وهو مفض إلى اسقاط بنت العم من الابوين ببنت العم من الام وبنت العمة

---

(١) قوله «كبنت بنت بنت الخ» أى لان جدتها وهى البنت تسقط الاخ من الام ومن ورث الاقرب جعله لبنت الأخ وحكى هذا فى الترغيب رواية فقال الارث للجهة القربى مطلقا والقول الاول ظاهر كلام أحمد نقل عنه جماعة فى خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطى بنت الخالة شيئا

[فائدة] إذا انفرد واحد من ذوى الارحام أخذ المال كله وان كانوا جماعة فادلوا بشخص واحد كخالة وأم أبى أم وابن خال فالمـــال للخالة لانها تلقى الام بأول درجة فى قول عامة المنزلين

(٢) قوله «والجهات الخ» أى لان المدلى به لايخرج عن ذلك هذا أحد الوجوه اختاره المصنف أولا ويلزمه عليه اسقاط بنت الاخ وبنات الاخوات وبنوهن ببنات الاعمام والعمات قال الشارح وهو بعيد قال فى المحرر وإذا كان ابن ابن أخت لام وبنت ابن ابن أخ لأب فله السدس ولها الباقى ويلزم جعل الاخوة جهـة أن يجعل المال للبنت وهو بعيد جدا حيث يجعل اجنبيين أهل جهة واحدة ورده شارحه قال فى الفائق وهو فاسد. واعلم أن الصحيح من المذهب أن الجهات ثلاث وهى الابوة والامومة والبنوة اختاره المصنف أخيرا والمجد والشارح فعلى هذا العم يدلى بالأبوة والخال يدلى بالأمومة وبنات الابن بالبنوة وبنات الأخت بالأخوة لـكن يلزم عليه اسقاط بنت عمه لبنت أخ قال فى الفائق وهو أفسد من الاول. قال الشيخ تقى الدين: النزاع لفظى ولا فرق بين جعل الاخوة والعمومة جهة وبين إدخالها فى جهة الأبوة والامومة وتجعل الجهات ثلاثا والاعتراض فى الصورتين لا حقيقة له لانا إذا قلنا إذا كانا من جهة قدمنا الاقرب إلى الوارث وإذا قلنا من جهتين لم نقدم الاقرب إلى الوارث فاسم الجهة عند أبى الخطاب وغيره يعنى به مايشتركان فيه من القرابة ومعلوم أن بنات العم والعمة يشتركن فى بنوة العمومة وبنات الاخوة =

وما نعلم به قائلا . ومن امتّ بقرابتين ورث بهما(١) وان اتفق معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول وقسمت الباقي بينهم كما لو

= يشتركن في بنوة الأخوة ولم يرد أبو الخطاب بالجهة الوارث الذي يدلى به ولهذا قرن بين الوارث الذي يدلى وبين الجهة فقال إلا أن يسبقه إلى وارث آخر غيره ويجمعهما جهة واحدة . وإذا نزلنا بنت العمة والعم منزلة الأب لم يمنع ذلك أن يكون جهة من جهة العمومة للشاركة في الاسم . انتهى

[فائدة] المذهب أن البنوة كلها جهة واحدة . وعنه كل ولد الصلب جهة قال في المحرر وهي الصحيحة عندي فان كانت بنت بنت وبنت بنت ابن فالمال بينهما على أربعة إن قلنا كل ولد للصلب جهة وعلى المذهب المال للثانية لسبقها إلى الوارث ولو كان معهما بنت بنت بنت أخرى فالمال لولد بنتي الصلب على الأولى عمة وابن خال له الثلث ولها الباقي وان كان معهما خالة أم سقط بها ابن الخال وكان لها السدس والباقي للعمة على المذهب وإذا كان خالة أم وخالة أب فالمال لهما بالسوية كجدتين فان كان معهما أم أبي أم سقطت على المذهب وإذا كان ابن ابن أخت لأم وبنت ابن بنت أخ لأب فله السدس ولها الباقي

على قوله « والجهات » • أي التي يرث بها ذوو الأرحام

على قوله « وهو مفض إلى اسقاط بنت العم من الابوين ببنت العم من الأم وبنت العمة » • لأن بنت العم من الأم وبنت العمة يدليان بالأب وبنت العم من الأبوين تدلى بابيها وهو عم والأب يسقط العم

(١) قوله « ومن أمت الخ » أي باجماع من المورثين إلا ما يحكى عن أبي يوسف أنهم لايرثون إلا بقرابة ولا يصح ، وحسابه على ما تقـــدم ان يجعل القرابتين كشخصين

على قوله « وان اتفق معهم أحد الزوجين اعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول » • قال في المغني لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين مافضل عن ميراثه من غير حجب ولا معاول لان الله تعالى فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يحجبان بذوي الأرحام وهم غير منصوص عليهم

على قوله « وقسمت الباقي بينهم كما لو انفرد » • هذا قول الامام وعامة من ورثهم

انفردوا ، ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم كما يقسم بين من أدلوا به فاذا خلفت زوجا وبنت بنت وبنت أخت فللزوج النصف والباقى بينهما نصفين على الوجـــه الأول ، وعلى الآخر ينقسم بينهما على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولبنت الاخت سهم ولا يعول من مسائل ذوى الأرحام الا مسئلة واحدة وشبهها(١) وهى خالة وست بنات ست أخوات متفرقات تعول إلى سبعة (٢)

باب ميراث الحمل

إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالقسمة وقفت له نصيب

على قوله « كما يقسم بين من أدلوا به » « وهو قول يحيى بن آدم وضرار وظاهر الخرقى

على قوله « وبنت أخت » « لابوين أو لأب

على قوله « على الوجه الاول » « وهو المذهب وتصح من أربعة

على قوله « ولبنت الأخت سهم » « وتصح من ستة

(١) قوله « وشبهها » أى ليس العمل مختصا بهذه المسئلة بل يجرى فيها وفى كل مسئلة فيها من يقوم مقام الأم أو الجدة ومن يقوم مقام الاخوات المفترقات ممن يأخذ المال كله بالفرض كخاله أو أبى أم وبنت أخ لأم وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات

على قوله « وشبهها » « وهى أصل ستة

(٢) قوله « خالة الخ » أى فللخالة السدس لأنها تدلى بالام ولبنتى الاخت من الأم الثلث ولبنتى الأختين من الأبوين الثلثان أربعة تعول إلى سبعة لأن العول الزائد على هذا لايكون إلا لاحد الزوجين وليس ذلك فى ذوى الأرحام

على قوله « إذا مات عن حمل يرثه » « وقف الأمر حتى يتبين فان امتنعوا (*)

(*) كذا بالاصل وقد سقط جواب الشرط اكتفاء بما فى المتن لان الحاشية مجردة من متن المقنع أى فان امتنعوا وطالب بقية الورثة بالقسمة وقفت له نصيب ذكرين الخ

ذكرين ان كان نصيبهما أكثر وإلا وقفت نصيب اثنين (١) ودفعت إلى من لا يحجبه الحمل أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئا ، فاذا وضع الحمل دفعت اليه نصيبه ورددت الباقى إلى مستحقه . وإذا استهل المولود صارخا ورث وورّث (٢) وفى معناه العطاس والتنفس (٣) والارتضاع (٤) وما يدل على الحياة (٥) فأما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة (٦) وان ظهر بعضه فاستهل

على قوله « وقفت له نصيب ذكرين » * لأن ولادة التوأمين كثير معتاد

على قوله « ان كان نصيبهما اكثر » * كرجل مات عن امرأة وابن وحمل فمسئلته من ثمانية وتصح من أربعة وعشرين للذكرين أربعة عشر وهو أكثر من نصيب ابنتين

(١) قوله « وإلا وقفت نصيب أنثيين » أى أن كان نصيبهما أكثر كرجل مات عن امرأة وأبوين وحمل فمسئلته من أربعة وعشرين وتصح من سبعة وعشرين للاثنين منها ستة عشر وهو أكثر من نصيب ذكرين . وضابطه أن الفروض متى زادت على ثلث المال فميراث الاناث أكثر

(٢) قوله « وإذا استهل المولود الخ » هذا المذهب وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والنخعى والشعبى وربيعة ويحيى بن سعيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبو عبيد لما روى أبو هريرة مرفوعا « إذا استهل المولود ورث » رواه أبو داود وعن جابر نحوه رواه ابن ماجه فدل أنه لا يرث بغير الاستهلال

(٣) قوله « وفى معناه الخ » هذا المذهب أيضاً نص عليه فى العطاس

(٤) قوله « والرضاع » يعنى أنه كالاستهلال صارخا فيرث ويورث بذلك وهو المذهب

(٥) قوله « وما يدل على الحياة » أى كالحركة الطويلة والبكاء وغيرهما مما يعلم به حياته وهذا المذهب وبه قال الثورى والشافعى والأوزاعى وأبو حنيفة وأصحابه وداود

(٦) قوله « فاما الحركة الخ » أما مجرد الاختلاج فلا يدل على الحياة ، وأما الحركة ان كانت يسيرة فلا تدل بمجردها على الحياة قال المصنف ولو علم معهما =

ثم انفصل ميتالم يرث[1] وعنه يرث ، وان ولدت توأمين فاستهل أحـــدهما وأشكل أقرع بينهما فمن خرجت قرعته فهو المستهل[2]

باب ميراث المفقود

وإذا انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتجارة ونحوها انتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد[3] وعنه ينتظر به أبدا. وان كان ظاهرها الهلاك ـ كالذى يفقد من بين أهله أو فى مفازة مهلكة كالحجاز أو بين الصفين حال الحرب أو فى البحر إذا غرقت سفينته ـ انتظر به تمام أربع سنين ثم يقسم ماله[4]

= حياة لأنه لا يعلم استقرارها لاحتمال كونها كحركة المذبوح فان الحيوان يتحرك بعد ذبحه حركة شديدة وهو كميت . وكذا التنفس اليسير لا يدل على الحياة وان كانت طويلة فالمذهب أنها تدل على الحياة

(١) **قوله** « وان ظهر بعضه الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعى ، وعنه يرث . وقال أبو حنيفة وأصحابه إن خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه الصلاة والسلام إذا استهل المولود . . الخبر . ولنا أنه لم يخرج جميعه فاشبه ما لو مات قبل خروج أكثره

(٢) **قوله** « وان ولدت توأمين الخ » مراده إذا كان إرثهما مختلفا ، فلو كانا ذكرين أو انثيين أو ذكرا وأنثى أخوين لأم لم يقرع بينهما ويقرع فيما سوى ذلك وهو واضح

(٣) **قوله** « انتظر به تمام تسعين الخ » هـذا المذهب وهو قول عبد الملك بن الماجشون لأن الأصل الحياة والغالب أنه لا يعيش أكثر منها ، وعنه ينتظر أبدا فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو تمضى مدة لا يعيش مثلها وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم وهذا قول الشافعى ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبى حنيفة وأبى يوسف لأن الاصل حياته ، والتقدير لا يصار اليه الا بالتوقيف ولا توقيف ههنا فوجب التوقف عنه

(٤) **قوله** « وان كان ظاهرها الهلاك الخ » هذا المذهب نص عليه لأنها أكثر مدة الحمل فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للازواج نص عليه لأن الصحابة اتفقوا على اعتداد امرأته وحلها للازواج وإذا ثبت =

وعنه التوقف فان مات موروثه فى مدة التربص دفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقى (١) فان قدم أخذ نصيبه ، وإن لم يأت فحكمه حكم ماله ولباقى الورثة أن يصطلحوا على مازاد عن نصيبه فيقسموه (٢)

= ذلك فى النكاح مع الاحتياط الابضاع ففى المال أولى لأن الظاهر هلاكه وعنه ينتظر به تمام أربع سنين وزيادة أربعة أشهر وعشر لأنه الوقت الذى يباح لامرأته التزوج فيه ، ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا ، إلا أن مالكا والشافعى فى القديم وافقا فى الزوجة وانها تتزوج خاصة ، والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين . فاما ماله فاتفقوا على أنه لايقسم حتى تمضى مدة لايعيش فى مثلها

(١) قوله « فان مات موروثه الخ » وطريق العمل فى ذلك ان تعمل المسئلة على أنه حى ثم على أنه ميت ثم تضرب إحداهما أو وفقها فى الأخرى واجتزئ باحداهما إن تماثلتا أو بأكبرهما ان تناسبتا ويدفع إلى كل وارث اليقين ومن سقط فى احداهما لم يأخذ شيئا وهذا المذهب ، وقيل تعمل المسئلة على تقدير حياته فقط ولا تقف شيئا سوى نصيبه ان كان يرث قال فى المحرر وهو أصح عندى

(٢) قوله « وان لم يأت الخ » هذا الصحيح لأنه محكوم له به أشبه سائر ماله . والحاصل أنه متى بان المفقود حيا يوم موت موروثه فله حقه والباقى لمستحقه وان بان ميتا فالموقوف لورثة الميت . وفى المغنى وغيره : وكذا ان جهل وقت موته وان انقضت مدة تربصه ولم يتبين شيء قسم ما وقف للمفقود على ورثته يومئذ كسائر ماله لأنه محكوم بحياته جزم به فى الكافى والوجيز وصححه فى المحرر ، وقيل يرد إلى ورثة الأول جزم به صاحب التبصرة والتهذيب والفصول والمستوعب والمغنى لأنه مشكوك فى حياته حين مات موروثه فلا يرث بالشك كالجنين ، فعلى هذا لايجوز فى مدة التربص أن يقضى منه دينه ولا ينفق منه على زوجته أو بهيمته . وعلى الأول يجوز كسائر ماله

[فائدة] إذا قسم ماله ثم قدم أخذ ما وجده بعينه ويرجع على من أخذ الباقى على الصحيح من المذهب نص عليه ، وعنه لايرجع على من أخذ وقدمها فى الرعاية واختاره جمع لأنه انما قسم بحق لهم

باب ميراث الخنثى

وهو الذى له ذكر وفرج امرأة فيعتبر بمباله[1] فان بال أو سبق بوله من ذكره فهو رجل ، وان سبق من فرجه فهو امرأة ، وان خرجا معا اعتبر أكثرهما فان استويا فهو مشكل ، فان كان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير أعطى هو ومن معه اليقين[2] ووقف الباقى حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المنى من ذكره أو علامات النساء من الحيض ونحوه ، وان يئس من ذلك بموته أو عدم العلامات بعد بلوغه أعطى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى[3] وإذا كان مع الخنثى بنت وابن جعلت

---

(١) قوله « فيعتبر بمباله » قال ابن المنذر هو اجماع من نحفظ عنه من أهل العلم فان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وان بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة وفيه حديث مرفوع رواه الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس ، وأول من قضى فيه بذلك عامر بن ظرب العدوانى

على قوله « فان استويا » « أى فى وجود البول منهما وعدم سبقه وكثرته فى احدهما

على قوله « وهو الصغير » « واحتيج الى قسم تركة من يرثه

(٢) قوله « أعطى هو ومن معه اليقين » أى يعطى من يرث على تقدير ذكوريته وأنوثيته الأقل مما يرث فيهما ولا يعطى من يسقطه فى احد الحالين شيئا ومن لا يختلف ميراثه منهما يعطى حقه كاملا

(٣) قوله « أعطى نصف ميراث ذكر الخ » نص عليه وهو قول ابن عباس ولم يعرف له فى الصحابة منكر وأهل مكة والمدينة واللؤلؤى وخلق ولأن حالتيه تساوتا فوجب التسوية بين حكمهما كما لو تداعى نفسان داراً بايديهما ولا بينة لهما وليس نورثه باسوأ حاله (*) ولا سبيل الى الوقف وسواء كان الخنثى ومن معه يتزاحمان من جهتين مختلفتين كولد خنثى وعم فان الخنثى يزاحم العم فى تعصيبه ببنوته=

(*) كذا بالاصل • وعبارة المغنى والشرح : وليس توريثه باسوأ أحواله بأولى بتوريث من معه بذلك

للبنت أقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر أربعة وللخنثى ثلاثة ، وقال أصحابنا تعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى ثم تضرب إحداهما أو وفقها فى الآخرى إن اتفقتا وتجتزىء باحداهما أن تماثلتا أو بأكثرهما ان تناسبتا وتضربها فى اثنين ثم كل من له شىء من احـــدى المسئلتين مضروب فى الآخرى أو فى وفقهما أو تجمع ماله منهما إن تماثلتا ، وان كانا خنثيين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم ، وقال أبو الخطاب : تنزلهم حالين مرة ذكورا ومرة إناثا والأول أولى

باب ميراث الغرقى ومن عمى موتهم

إذا مات متوارثان وجهل أولهما موتا كالغرقى والهـــدمى واختلف وراثهما فى السابق منهما فقد نقل عن أحمد رضى الله عنه فى امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابنى فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها أنه يحلف كل واحـــد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ذكرها الخرقى[1] وهذا يدل على أنه يقسم ميراث كل ميت للاحياء من ورثته

= فيمنعه من أخذ الباقى والعم يزاحمـه بعمومته فى الزائد على فرض البنت أو كولد خنثى وأب أو من جهة واحدة كالأولاد والإخوة المتفقين

على قوله « وجهل أولهما موتا كالغرقى والهدمى » * أو علم أولهما موتا ثم نسى أو جهلوا عينه بأن علم السبق وجهل السابق أو جهل الحال وهذا المذهب فى ذلك إذا لم يختلفوا فى السابق بأن لم تدع ورثة كل سبق موت الآخر ، وأما إذا جهل السابق منهما واختلف ورثتهما فيـه ولا بينة أو كانت وتعارضت فالمذهب فيـه ماقدمه المؤلف من التحالف ، وأما إذا عين الورثة موت أحدهما بان قالوا مات فلان يوم كذا من شهر كذا عند الزوال وشكوا هل مات الآخر قبله أو بعده فالمذهب يرث من شك فى موته من الميت الآخر الذى عينوا موته لان الأصل بقاء حياته

(١) قوله « فقد نقل عن الإمام أحمد الخ » إلى قوله دون من مات معه روى ذلك عن أبى بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن على وبه قال عمر بن عبد =

دون من مات معه ، وظاهر المذهب أن كل واحد من الموتى يرث صاحبه من تلاد ماله دون ماورثه من الميت معه ثم يقدر أحدهما مات أولا ويورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه منه على الأحياء من ورثته ثم تصنع بالثانى كذلك[1] فعلى هذا لو غرق أخوان أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو صار مال كل واحد منهما لمولى الآخر[2] وعلى القول الأول مال كل واحد

= العزيز وأبو الزناد والزهرى والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن عمر وعبد الرحمن بن عوف

(١) قوله « وظاهر المذهب الخ » وهو قول عمر وعلى وشريح وابراهيم والشعبي وبه قال اياس بن عبد الله المزنى وعطاء والحسن وحميد الاعرج وعبد الله ابن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيي بن آدم واسحاق ، فعلى المذهب تقدر أن المرأة ماتت أولا فورثها زوجها وابنها أرباعا ثم تأخذ ما ورثه الابن فيدفع لورثته الأحياء وهم الأب فيجتمع له جميع ماله ثم تقدر أن الابن مات أولا فورثه أبواه أثلاثا ثم تأخذ ثلث الأم فتقسمه بين ورثتها الأحياء وهم أخوها وزوجها نصفين فيحصل للاخ السدس من مال الابن . قال الشعبي: وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب فى ذلك إلى عمر فامر عمر أن ورثوا بعضهم من بعض . وروى عن اياس المزنى أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال يرث بعضهم بعضا ، ووجه الرواية الأولى ماروى سعيد فى سننه حدثنا اسماعيل بن عويس عن يحيي بن سعيد أن قتلى اليمامة وصفين والحرة لم يرث بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء . وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت على توفيت هى وابنها زيد بن عمر فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها . ولأن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت مع الشك فى شرطه

(٢) قوله « فعلى هذا لو غرق أخوان الخ » أى لأنه إذا قدرت موت مولى زيد أولا استحق ميراثه أخوه ثم يدفع إلى ورثته الأحياء وهو مولاه صار مال مولى زيد لعمرو ثم هكذا تقدر فى مولى عمرو

منهما لمولاه (١) وهو أحسن إن شاء الله تعالى

باب ميراث أهل الملل

لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (٢) إلا أن يسلم قبل قسم ميراثه فيرثه (٣)، وعنه لايرث، وان عتق عبد بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث

---

(١) قوله « وعلى القول الأول الخ » أى قول من لم يورث احدهما من صاحبه ووجهه ما تقدم

(٢) قوله « لايرث المسلم الكافر ولا الخ » أجمع أهل العلم على أن الكافر لايرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لايرث المسلم الكافر روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلى وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهرى وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو ابن دينار والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعى وعامة الفقهاء وعليه العمل وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية انهم ورثوا المسلم من الكافر وحكى ذلك عن محمد ابن الحنفية وعلى بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن مغفل والشعبى والنخعى ويحيى بن يعمر واسحاق وليس بموثوق به عنهم قال أحمد ليس بين الناس اختلاف فى أن المسلم يرث الكافر ، وروى أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال حدثنى أبو الأسود ان معاذا حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الاسلام يزيد ولا ينقص » ولأنا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا وكذلك نرثهم ولا يرثوننا . واختار الشيخ تقى الدين يرث المسلم من قريبه الكافر الذمى لئلا يمتنع قريبه من الاسلام ولوجوب نصرتهم ولا ينصروننا ، ولنا ماروى أسامة بن زيد أن النبى ﷺ قال « لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » متفق عليه

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف أنه لا إرث بينهما بالولاء وهو احدى الروايتين والصحيح من المذهب أنه يرث بالولاء

(٣) قوله « إلا أن يسلم الخ » وكذا لو كان مرتدا على ما يأتى فى كلام المصنف وهذا المذهب وهو من مفرداته وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن على وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد وإياس ابن معاوية واسحاق فعلى هذا إن أسلم قبل قسم المال ورث مما بقى لما روى سعيد =

وجها واحد[1]. ويرث أهل الذمة بعضهم بعضا إن اتفقت أديانهم وهم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم[2]. وان اختلفت لم يتوارثوا . وعنه

= فى سننه من طريقين عن عروة وابن مليكة أن النبى ﷺ قال « من أسلم على شيء فهو له » وعن ابن عباس أن النبى ﷺ قال « كل قسم قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم ، وكل قسم أدركه قسم الإسلام فانه على قسم الاسلام » رواه أبو داود وابن ماجه وقضى به عمر وعثمان رواه ابن عبد البر فى التمهيد ، ولم ينكر فكان اجماعا . والحكمة فيه الترغيب فى الأسلام والحث عليه . وعنه لا يرث وهى قول أكثر العلماء لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الخ » ولان الملك قد انتقل عنه بالموت فلم يشاركهم من أسلم

(١) قوله « وان عتق عبد الخ » نص عليه وقاله جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، لان مقتضى الدليل منعه مطلقا خرج منه ما سبق فيبقى ما عداه على مقتضاه

على قوله « ان اتفقت أديانهم » ٭ لا نعلم فيه خلافا

(٢) قوله « وهم ثلاث ملل الخ » اختلفت الرواية عن الإمام فى ذلك فمنه الكفر كله ملة واحدة اختاره الخلال وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعى وداود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور فى كتاب الله تعالى ذكرا عاما فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع وما لم يستثنه يبقى على العموم . وعنه الكفر ملل شتى مختلفة وهو الصحيح من المذهب وهو قول كثير من أهل العلم لما روى عبد الله بن عمر أن النبى ﷺ قال « لا يتوارث أهل ملتين شتى » رواه أبو داود ولم يسمع من أحمد تصريحا بذكر انقسام الملل فعلى هذا لا توارث بينهما قال فى المغنى والشرح يحتمل أن يكون مللا كثيرة فيكون المجوسية ملة وعبدة الاوثان ملة وعباد الشمس ملة ، قال فى المغنى وهو أصح لان كل فريقين منهم لا موالاة بينهم

على قوله « اليهودية والنصرانية » ٭ لأن كلا منهما له كتاب وأحكام وشرائع غير الأخرى

على قوله « ودين سائرهم » ٭ أى باقيهم كالمجوس وعبدة الاوثان فانهم ملة =

يتوارثون . ولا يرث ذمى حربيا ولا حربى ذميا ذكره القاضى . ويحتمل أن يتوارثا [1] ، والمرتد لايرث أحدا إلا أن يسلم قبل قسم الميراث ، وان مات على ردته فماله فىء [2] ، وعنه لورثته من المسلمين ، وعنه لورثته من أهل

= واحدة لأنه يشملهم بأنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثورى والليث وشريك وابن أبى ليلى والحسن بن صالح ووكيع

على قوله « وان اختلفت » ، أديانهم

على قوله « لم يتوارثوا » ، هذا المذهب لخبر ابن عمر

(١) قوله « ويحتمل أن يتوارثا » هذا المذهب نص عليه قال فى المغنى قياس المذهب عندى أن الملة الواحدة يتوارثون وان اختلفت أديانهم لان العمومات فى النصوص تقتضى توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس

[فائدة] يرث الحربى المستأمن وعكسه ، ويرث الذمى المستأمن وعكسه على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان مات فى ردته الخ » وكذا لو قتل يكون ماله فيئا فى بيت مال المسلمين وهذا الصحيح من المذهب وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبى ليلى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، وعنه لورثته المسلمين روى عن أبى بكر الصديق وعلى وابن مسعود وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبى والحكم والأوزاعى والثورى وابن شبرمة وأهل العراق واسحاق الا أن الثورى وأبا حنيفة واللؤلؤى واسحاق قالوا : ما اكتسبه فى ردته يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه . ووجه ذلك أنه قول الخليفتين الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال : بعثنى أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن اقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين والمشهور الاول لقوله ﷺ « لايرث المسلم الكافر الخ » وقوله « لايتوارث أهل ملتين شتى »

[فائدة] الزنديق وهو المنافق كالمرتد على ما تقدم على الصحيح من المذهب خلافا ومذهبا . وقال الشيخ تقى الدين : يرث ويورث لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأخذ من تركة منافق شيئا ولا جعله فيئا

الدين الذى اختاره

فصل

وإن أسلم المجوس أو تحاكموا الينا ورثوا بجميع قراباتهم (١) فاذا خلف أمه وهى أخته من أبيه وعما ورثت الثلث بكونها أما والنصف بكونها اختا والباقى للعم ، فان كان معهما أخت أخرى لم ترث بكونها أما إلا السدس لأنها أنحجبت بنفسها وبالاخرى ، ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ولا بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا

باب ميراث المطلقة

إذا طلقها فى صحته أو مرض غير مخوف أو غير مرض الموت طلاقا بائنا قطع التوارث بينهما وان كان رجعيا لم يقطعه مادامت فى العدة (٢) وان

[فائدة] كل مبتدع داعية الى بدعة مكفرة ماله فىء نص عليه فى الجهمى وغيره وعلى الأصح من الروايتين أو غير داعية وهما فى غسله والصلاة عليه وغير ذلك

(١) قوله « وان أسلم المجوس الخ » يعنى إن أمكن ذلك نص عليه وهذ المذهب وهو قول عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وزيد فى الصحيح عنه وبه قال النخعى والثورى وقتادة وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحى بن آدم واسحاق وداود والشافعى فى أحد قوليه . وعن زيد أنه ورثه باقوى القرابتين وهى التى لاتسقط بحال وبه قال الحسن والزهرى والأوزاعى ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعى واحتجوا بانهما قرابتان لا يورث بهما فى الأسلام فلا يورث بهما فى غيره . ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث وللأخت النصف فاذا كانت الأم اختا وجب اعطاؤهما ما فرض الله لها من الآيتين كالشخصين

على قوله « ذوات المحارم » لا نعلم فيه خلافا

على قوله « لا يقرون عليه لو أسلموا » كمن تزوج مطلقته ثلاثا لانه باطل لا يقر عليه

(٢) قوله « إذا طلقها فى صحته الخ » إذا طلق الرجل امرأته فى صحته طلاقا =

طلقها فى مرض الموت المخوف طلاقا لايتهم فيه بأن سألته الطلاق أو علق طلاقها على فعل لها منه بد ففعلته(١) أو علقه فى الصحة على شرط فوجد فى المرض(٢) أو طلق من لاترث كالامة والذمية فعتقت واسلمت فهو كطلاق

= باتنا أو رجعيا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا اجماعا ، وكذلك ان طلقها فى مرض مخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه فى قول الجمهور

على قوله « ما دمت فى العدة » * سواء كان فى المرض أوالصحة بغير خلاف نعلمه لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولاولى ولا شهود

(١) قوله « وان طلقها فى مرض الموت الخ » ذكر المصنف هنا مسائل منها إذا سألته الطلاق فاجابها إلى سؤالها أو علقه على فعل لها منه بد ففعلته عالمة فالصحيح من المذهب أنه كطلاق الصحيح وكذا لو خيرها فاختارت نفسها أو علق طلاقها على مشيئتها فشاءت فالأصح انها لاترثه لانه ليس بفار ولزوال الزوجية بأمر لايتهم فيه وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ، لكن إن لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ماعلق عليه ورثته لأنها معذورة فيه ذكره فى المغنى والشرح . ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثا ورثته ذكره فى الشرح واختاره الشيخ تقى الدين وقدمه فى الفروع قال فى الانصاف وهو الصواب للتهمة

[فائدة] لو خالعته فهو كطلاق الصحيح على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « أو علقه فى الصحة على شرط الخ » الصحيح من المذهب أنه كطلاق الصحيح وهذا إذا كان ليس من صنعهما ولا من صنيعهما فلو علق طلاقها على فعل نفسه وفعله فى المرض ورثته لأنه أوقعه فى المرض . ولو قال فى الصحة أنت طالق ان لم أضرب غلامى فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها ان ماتت ، ولو مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجىء زيد . وكذا ان قال ان لم أوفك مهرك فانت طالق فادعى أنه وفاها مهرها فانكرته صدق الزوج فى توريثه منها لأن الأصل بقاء النكاح ولم يصدق فى براءته منه لأن الأصل بقاؤه فى ذمته فلو قال لها فى صحته ان لم أتزوج عليك فانت طالق فكذلك نص عليه وهو قول الحسن ، وإذا قال لها فى صحته إذا مرضت فانت طالق فهو كطلاق المريض سواء وان أقر فى =

الصحيح فى أصح الروايتين . وان كان متهما بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء(١) أو علقه على فعل لا بد لها منه كالصلاة ونحوها ففعلته(٢) أو قال للذمية أو الامة إذا أسلمت أو عتقت فانت طالق أو علم أن سيد الامة قال لها أنت حرة غدا فطلقها اليوم ورثته ما دامت فى العدة ولم يرثها(٣) وهل ترثه

= مرضه أنه كان طلقها فى صحته ثلاثا لم يقبل اقراره وكان كطلاق المريض لأنه أقر بما يبطل حق غيره

على قوله « أو طلق » * أى المسلم فى المرض طلاقا بائنا

على قوله « وأسلمت » * ثم مات عقبها

على قوله « فى أصح الروايتين » * وهى المذهب

(١) قوله « وان كان متهما الخ » وهذا الصحيح من المذهب وهو قول عمر وعثمان وشريح وعروة والحسن والشعبى والنخعى والثورى وأبى حنيفة فى أهل العراق ومالك فى أهل المدينة وابن أبى ليلى وهو قول الشافعى فى القديم ويروى عن عبد الله بن الزبير لاترث مبتوتة ويروى ذلك عن على وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعى فى الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن فى الصحة وكما لو كان الطلاق باختيارها وجوابه بان عثمان ورّث بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن ابن عوف وكان طلقها فى مرضه فبتها واشتهر ذلك فى الصحابة ولم ينكر فكان كالإجماع ولم يثبت عن على وعبد الرحمن خلاف هذا بل روى عروة ان عثمان قال لعبد الرحمن ان مت لاورثتها منك قال قد علمت ذلك وما روى عن ابن الزبير فهو مسبوق بالاجماع

على قوله « مثل ان طلقها » * ثلاثا وفى المحرر أبانها وهو أولى فى مرضه المخوف

(٢) قوله « أو علقه على فعل الخ » حكم هذا حكم طلاقها ابتداء فى قول الجميع لانها مضطرة الى ذلك فتعليقه عليه كتنجيزه وكذا ان علقه على كلامها لابويها أو أحدهما

[فائدة] لو وكل فى صحته من يبينها متى شاء فابانها فى مرضه لم يقطع مع ذلك إرثها منه

(٣) قوله « ورثته ما دامت فى العدة الخ » يعنى إذا فعل فعلا يتهم فيه بقصد حرمانها فانها ترثه ما دامت فى العدة بلا نزاع ولا يرثها هو بلا نزاع

بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول؟على روايتين[1] .فان تزوجت لم ترثه[2]، وإن أكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها[3] إلا أن تكون له امرأة سواها . وإن فعلت فى مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها[4] وان خلف زوجات نكاح بعضهن فاسد أقرع بينهن فمن أصابتها القرعة فلا ميراث لها.وإذا طلق أربع نسوة فى مرضه فانقضت

---

(١) **قوله** « وهل ترثه بعد العدة الخ » احداهما ترثه بعد العدة ولو كانت غير مدخول بها ما لم تتزوج وهو الصحيح من المذهب وروى ذلك عن الحسن ومالك فى أهل المدينة لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثه فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة . وفيه رواية أخرى أنها لا ترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبى حنيفة وأصحابه وقول الشافعى فى القديم لانها تباح لزوج آخر فلم ترثه ولأن توريثها بعد العدة يفضى إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز كما لو تزوجت

(٢) **قوله** « فان تزوجت لم ترثه » أى سواء كانت فى الزوجية أو بانت من الزوج الثانى هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك فى أهل المدينة ترثه ، ولنا أن هذه زوجة وارثة من زوج فلا ترث من زوج سواه

(٣) **قوله** « وان أكره الابن الخ » إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره فى مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، فأن طاوعته على ذلك لم ترث ، فان انتفت التهمة عنه بأن لا يكون وارثا كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابنا من الرضاع أو ابن ابن محجوب بابن الميت أو بابوين وابنتين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة

على **قوله** « وان أكره الابن » ، مراده إذا كان عاقلا وارثا

(٤) **قوله** « وان فعلت الخ » وذلك بان ترضع امرأةَ زوجها الصغيرة أو زوجها الصغير أو ارتدت فان زوجها يرثها ولا ترثه وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى لا يرثها

عدتهن وتزوج أربعا سواهن فالميراث الزوجات (١) وعنه أنه للثمان

على قوله « لم يسقط ميراث زوجها » * مراده ما دامت فى العدة ومراده أيضا إذا كانت متهمة فى فسخه أما ان كانت غير متهمة كفسخ المعتقة فالصحيح من المذهب انقطاع الارث ، وعنه ترث وهو ظاهر كلام المصنف هنا

(١) قوله « وإذا طلق أربع نسوة الخ » إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ثم مات لم يخل من حالين أحدهما أن يموت فى عدة المطلقة فيرثاه جميعا وهذا قول أبى حنيفة وأهل العراق ، وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح . الحال الثانى أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث للزوجات وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وأصحابه ، وعنه الأربع

[فائدة] إذا كن أربع نسوة فطلق احداهن فى مرضه ثلاثا ثم نكح أخرى فى عدة المطلقة أو طلقها ونكح اختها فى عدتها ومات فى عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقى الزوجات الأوائل فان مات بعد انقضاء عدتها ففى ميراثها روايتان احداهما لاميراث لها فيكون لباقى الزوجات ، والثانية ترث معهن ولاشىء للمنكوحة فان تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها ، وهل ترث المطلقة ؟ على روايتين ، ظاهر كلام أحمد عدم الإرث لأنه يلزم منه توريث ثمان نسوة أو أختين أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة . والثانية ترث المطلقة وفيه وجهان : أحدهما يكون الميراث بين الخمس ، والثانى يكون للمطلقة والمنكوحات الاوائل لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذا يمنع من تنقيصهن منه . ورد المؤلف كلا الوجهين أما أحدهما فرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته ، وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح أكثر من نكاح أربع ولا الجمع بين الأختين فلا يجوز أن يجتمعن فى ميراثه بالزوجية ، وعلى هذا لو طلق أربعا فى مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعا سواهن ثم مات فى مرضه فعلى المختار يرثه المنكوحات خاصة وعلى الثانى فيه وجهان : أحدهما أنه بين الثمان وهذا الصحيح من المذهب ، والثانى أنه للمطلقات . وان صح من مرضه ثم تزوج أربعا فى صحته ثم مات فالميراث لهن فى قول الجماعة ولا شىء للمطلقات

[تنبيه] أفادنا المصنف بقوله « فتزوج أربعا الخ » أن نكاحهن صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب ، وعنه لايصح

باب الاقرار بمشارك فى الميراث

إذا أقر الورثة كلهم بوارث للميت فصدقهم أو كان صغيرا ثبت نسبه وإرثه (١) سواء كانوا جماعة أو واحداً وسواء كان المقَرّ به يحجب المقر أولا يحجبه (٢) كأخ يقر بابن للميت، وإن أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به (٣) وعلى المقر أن يدفع اليه

---

(١) قوله « إذا أقر الورثة كلهم الخ » أى ولو مع عدم أهلية الشهادة ولو كان المقر واحداً وسواء كان ذكرا أو أنثى لانه عليه الصلاة والسلام قبل قول عبد بن زمعة لما ادعى نسب ابن وليدة أبيه وقال هذا أخى ولد على فراش أبى فاثبت نسبه منه ، ولأن الوارث يقوم مقام مورثه فى ميراثه وديونه وسائر حقوقه فكذا فى النسب وإذا ثبت النسب ثبت الارث وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف

على قوله « ثبت نسبه وارثه » لكن بشرط أن يكون مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن رسول الله ﷺ من انتسب الى غير أبيه ولقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » الخبر

(٢) قوله « وسواء كان المقر به الخ » أو كان ابن ابن فاقر بابن للميت فانه يثبت نسبه وارثه ويسقط المقر وهذا المذهب وقاله شريح لانه ثابت النسب لم يوجد فى حقه مانع من الأرث فدخل فى عموم النص ، والعبرة بكونه وارثا حالة الاقرار

(٣) قوله « وان أقر بعضهم الخ » وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث مشارك لهم فى الميراث لم يثبت النسب بالإجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته فى حق المقر دون المنكر ولا اثباته فى حقهما لأن أحدهما منكر فلا يقبل إقرار غيره عليه ولو كان المقر عدلا لأنه اقرار من بعض الورثة . وقال أبو حنيفة يثبت إذا كانا عدلين لأنها بينة فهو كما لو شهدا به . ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة فأنها يعتبر فيها العدالة فأما إن شهد به عدلان أو شهدا أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به ثبت نسبه من المقرين الوارثين ويشاركهم فى الإرث لأنها بينة عادلة فثبت النسب بها كالأجانب ولأنهما لو شهدا على غير مورثهما لقبل فكذا إذا شهدا عليه

فضل ما فى يده عن ميراثه[1] فاذا أقر أحد الابنين بأخ فله ثلث ما فى يده وإن أقر بأخت فلها خمس ما فى يده فإن لم يكن فى يد المقر فضل فلا شىء للمقر به فإذا خلف أخاً من أب وأخاً من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبت نسبه وأخذ ما فى يد الأخ من الأب وإن أقر به الأخ من الأب وحده أخذ ما فى يده ولم يثبت نسبه، وإن أقر به الأخ من الأم وحده أو أقر بأخ سواه فلا شىء له[2] وطريق العمل أن تضرب مسئلة الاقرار فى مسئلة الانكار وتدفع إلى المقر سهمه من مسئلة الاقرار فى مسئلة الانكار وإلى المنكر سهمه من مسئلة الإنكار فى مسئلة الاقرار وما فضل فهو للمقر به[3] فلو خلف ابنين فأقر أحدهما بأخوين

---

(١) قوله « وعلى المقر الخ » أى إذا أقر بعض الورثة بمشارك فى الميراث ولم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما فى يده عن ميراثه لأنه تبين باقراره أنه لا يستحقه وهذا قول مالك والاوزاعى والثورى وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع واسحاق وأبى عبيد وأبى ثور وأهل البصرة . وقال النخعى وحماد وأبو حنيفة : يقاسمه ما فى يده لانه يقول أنا وأنت سواء . وقال الشافعى وداود لا يلزمه فى الظاهر دفع شىء اليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لا يلزمه

على قوله « فلا شىء للمقر به » * لانه يقر على غيره

على قوله « وأخذ ما فى يد الاخ » * لأنه تبين باقراره أنه لا حق له وأن الحق للمقر به إذ هو محجوب به

على قوله « أخذ ما فى يده » * لأنه يسقطه من الميراث

على قوله « ولم يثبت نسبه » * لأن كل الورثة لم يقروا به

(٢) قوله « وان أقر به الأخ من الأم الخ » أى لأنه لا فضل فى يده وهذا بخلاف ما إذا أقر باخوين من أم فانه يدفع اليهما ثلث ما فى يده لأن فى يده السدس وباقراره اعترف انه لا يستحق من الميراث ألا التسع فيبقى فى يده نصف التسع وهو ثلث ما فى يده

(٣) قوله « وطريق العمل أن تضرب الخ » فعلى هذا إذا اقر احد الابنين =

فصدقه أخوه فى أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسئلة الاقرار فى مسئلة الانكار يكن اثنى عشر للمنكر سهم من الانكار فى الاقرار أربعة وللمقر سهم من الاقرار فى مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه إن صدق المقر مثل سهمه وإن أنكره مثل سهم المنكر وما فضل للمختلف فيه وهو سهمان فى حال التصديق وسهم فى حال الانكار، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عليه من المنكر فى حال التصديق الا ربع ما فى يده وصحها من ثمانية للمنكر ثلاثة وللمختلف فيه سهم ولكل واحد من الأخوين سهمان. وإن خلف ابناً فاقر بأخوين بكلام متصل ثبت نسبهما سواء اتفقا أو اختلفا، ويحتمل أن لا يثبت نسبهما مع اختلافهما، وإن أقر بأحدهما بعد الآخر

= باخ فسئلة الاقرار من ثلاثة والانكار من اثنين فاضرب إحداهما فى الأخرى لتباينهما تكن ستة للمقر سهم من مسئلة الأقرار فى الانكار باثنين وللمنكر سهم من الانكار فى الأقرار بثلاثة يبقى سهم للمقر له لأنه الفاضل وهو ثلث ما بقى فى يد المقر لان النصف فى يده

على قوله «فى مسئله الانكار» * لأنه به يظهر ما للمقر وما للمنكر وما يفضل، وتراعى الموافقة

على قوله «ثبت نسب المتفق عليه» * لاقرار كل الورثة به

على قوله «ثم تضرب مسئلة الأقرار» * وهى أربعة

على قوله «فى مسئلة الانكار» * وهى ثلاثة

على قوله «مثل سهمه» لأنه مقر

على قوله «سهم المنكر» * لأنه منكر

على قوله «وسهم فى حال الانكار» * لأن ذلك هو الفاضل، وهذا أصح الأقوال قاله فى الشرح

على قوله «سواء اتفقا أو اختلفا» * أو تجاحدا لأن نسبهما ثبت باقرار كل من الورثة قبلهما فلم يعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين

أعطى الأول نصف ما في يده[1] والثانى ثلث ما بقى فى يده[2] ويثبت نسب الأول ويقف ثبوت نسب الثانى على تصديقه. وإن أقـــر بعض الورثة بامرأة للميت لزمه من إرثها بقدر حصته. وإذا قال رجل مات أبي وأنت أخي فقال هو أبي ولست بأخي لم يقبل إنكاره وإن قال مات أبوك وأنا أخوك قال لست أخي فالمال كله للمقر به وإن قال ماتت زوجتى وأنت أخوها قال لست بزوجها فهل يقبل انكاره ؟ على وجهين

فصـــــل

وإذا أقر من أعيلت له المسئلة بمن يزيل العول كزوج وأختين أقرت إحداهما بأخ فاضرب مسئلة الاقرار فى مسئلة الانكار تكن ستة وخمسين واعمل على ما ذكرنا يكن للزوج أربعة وعشرون وللمنكرة ستة عشر وللمقرة سبعة يبقى تسعة للاخ فإن صدقها الزوج فهو يدعى أربعة والأخ يدعى أربعة عشر وللمقر به من السهام تسعة فاقسمها على سهامهم لكل سهمين سهما فيحصل للزوج سهمان وللاخ سبعة فان كان معهم اختان لأم فإذا ضربت وفق مسألة الاقرار فى مسئلة الانكار كانت اثنين وسبعين للزوج ثلاثة من مسئلة الانكار فى وفق مسئلة الاقرار أربعـــة وعشرون وللاختين من الأم ستة عشر وللاخت المنكرة ستة عشر وللمقرة ثلاثة يبقى فى يدها ثلاثة عشر للاخ منها ستة يبقى سبعة لايدعيها أحد ففيها ثلاثة أوجه أحدها تقر فى يد المقرة والثانى تؤخذ إلى بيت المال والثالث تقسم بين المقرة والزوج والأختين من الأم

---

(١) قوله « أعطى الأول نصف ما فى يده » وذلك بغير خلاف نعلمه ، لأنه اعترف باخويه فيلزم منه ارثه فتكون المسئلة بالنسبة اليه مقسومة على اثنين

(٢) قوله « والثانى ثلث ما بقى فى يده » أى وهو السدس لأنه فاضل عن حقه لانه أقر أن الاولاد ثلاثة فأحدهم يستحق الثلث فقط

على قوله « ويثبت نسب الاول » ، لانه أقر به كل الورثة

على قوله « على تصديقه » ، لانه صار من الورثة

على حسب ما يحتمل أنه لهم، فان صدق الزوج المقرة فهو يدعى اثنى عشر والأخ يدعى ستة يكونان ثمانية عشر ولا تنقسم عليها الثلاثة عشر ولا توافقها فاضرب ثمانية عشر فى أصل المسئلة ثم كل من له شىء من اثنين وسبعين مضروب فى ثمانية عشر وكل من له شىء من ثمانية عشر مضروب فى ثلاثة عشر وعلى هذا تعمل كل ما ورد عليك

باب ميراث القاتل

كل قتل مضمون (١) بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان عمداً (٢) أو خطأ (٣) بمباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو

---

(١) قوله «كل قتل مضمون» هذا المذهب فى ذلك كله نص عليه حتى لو شربت دواء فاسقطت الجنين لاترث من الغرة شيئا نص عليه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال «لا يرث القاتل شيئا» رواه أبو داود والدارقطنى وعن عمر قال سمعت النبى ﷺ يقول «ليس لقاتل ميراث» رواه مالك وأحمد، وعن ابن عباس مرفوعا مثله رواه أحمد وروى النسائى معناه مرفوعا وظاهره ان المقتول يرث من قاتله مثل أن يجرح موروثه ثم يموت قبل المجروح من تلك الجراحة وسواء انفرد به أو شارك غيره فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما بقتل لم يرثه

على قوله «أو دية أو كفارة» كمن رمى إلى صف الكفار فاصاب مسلما

(٢) قوله «سواء كان عمداً» وذلك بالإجماع الا ماحكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه منه ولا تعويل عليه فان عمر أعطى دية ابن قتادة المذحجى لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهر ذلك فى الصحابة ولم ينكر فكان كالإجماع

(٣) قوله «أو خطأ» نص عليه وهو قول جمهور العلماء روى ذلك عن عمر وعلى وزيد وعبد الله بن مسعود وابن عباس وروى نحوه عن أبى بكر وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعى والثورى والشعبى وشريك والحسن ابن صالح ووكيع ويحيى بن آدم والشافعى وأصحاب الرأى. وذهب قوم إلى أنه يرث من المال دون الدية روى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب =

كبيرا (١) وما لايضمن بشيء من هذا كالقتل قصاصاً أو حداً (٢) أو دفعاً عن نفسه (٣) وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يمنع (٤) وعنه لايرث الباغي

= وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة ، خصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه . ولنا الأحاديث المذكورة ولان من لايرث من الدية لايرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف فى الدين سدا للذريعة وطلبا للتحرز عنه

على قوله « أو خطأ بمباشرة » ه كان الخطأ كمن رمى صيداً فأصاب مورثه

على قوله « أو سبب » كمن حفر بئرا عدوانا فسقط فيها مورثه

(١) قوله « صغيرا كان القاتل أو كبيرا » هذا المذهب نص عليه ، لانه قاتل فتشمله الأدلة وظاهره لافرق بين الاب وغيره وسواء قصد مصلحته كضرب الأب والزوج للتأديب وكسقيه الدواء وبطه جرحه والمعالجة إذا مات به . وقيل من أدب ولده فمات لم يرثه ، وانه ان سقاه دواء أو فصده أو بط سلعته لحاجة فوجهان والمذهب أنه لايرث ، وكذا لو انقلب نائم على موروثه فقتله لم يرثه ومثله نصب سكين ووضع حجر ورش ماء وإخراج جناح

(٢) قوله « وما لايضمن بشيء من هذا الخ » أى كمن قتله الإمام بالرجم أو بالمحاربة وكذا ان شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص نقل محمد بن الحكم فى أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها لأنهم غير قتلة ، ويتوجه فى تزكية شهود كذلك

(٣) قوله « أو دفعا عن نفسه » أى لأنه فعل فعلا ماذونا فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه وسقاه فأفضى إلى تلفه ، وكذا لو حكم بقتله بحق ونحوه

(٤) قوله « وقتل العادل الخ » وهذا المذهب فيهما لأن المنع من العدوان نفى للقتل المحرم فلو منع هنا لكان مانعا من استيفاء الواجب أو الحق المباح استيفاؤه . ومن القتل الذى لايمنع الميراث عند الموفق والشارح من قصد مصلحة موليه مما له فعله من سقي دواء أو بطّ خراجه فمات فيرثه لانه ترتب عن فعل مأذون فيه أو من أمره انسان عادل كبير ببط خراجه أو بقطع سلعة منه ففعل فمات بذلك ورثه =

العادل ولا العادل الباغى (١) فيخرج منه أن كل قاتل لايرث (٢)

باب ميراث المعتق بعضه

لايرث العبد (٣) ولا يورث (٤) سواء كان قنا أو مدبراً أو مكاتبا (٥)

= ومثله من أدب ولده أو زوجته أو صبيه فى التعليم ولم يسرف فانه لا يضمنه بشىء فلا يكون ذلك مانعا من ارثه . قال صاحب الاقناع ولعـــل قول الموفق والشارح أصوب لموافقته القواعد.

(١) قوله « وعنه لايرث الباغى الخ » أى لعموم الأدلة وهاتان روايتان لكن الأولى لايرث الباغى العادل جزم بها القاضى فى الجامع الصغير وأبو الخطاب والشريف فى خلافيهما والمغنى والتبصرة والترغيب لأن الباغى آثم ظالم فناسب أن لايرث مع دخوله فى عموم الأدلة ، وهذا بخلاف العادل لانه مأذون له فى الفعل مثاب عليه

(٢) قوله « فيخرج منه الخ » وهذا ظاهر مذهب الشافعى والأول أولى لانه انما حرم الميراث فى محـل الوفاق لئلا يفضى إلى اتخاذ القتل المحرم وسيلة ، وفى مسئلتنا حرمان الميراث يمنع اقامة الحدود واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضى الى اتخاذ قتل محرم فهو ضد ما ثبت فى الأصل

(٣) قوله « لايرث العبد » هذا المذهب نص عليه قال فى المغنى ولا نعلم فيه خلافا الا ما روى عن ابن مسعود فى رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ويعتق ثم يرث وقاله الحسن ، وعن أحمد يرث عبد عند عدم وارث

(٤) قوله « ولا يورث » وذلك بالإجماع لأنه لامال له فيورث عنه ولانه لايملك وان قيل به فملكه ناقص غير مستقر ينتقل إلى سيده بزوال ملكه عنه يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام « من باع عبدا وله مال » الخ

(٥) قوله « أو مكاتبا » إذا لم يملك المكاتب قدر ماعليه فهو عبد لايرث ولا يورث ، وان ملك قدر مايؤدى ففيه روايتان إحداهما أنه عبد ما بقى عليه درهم وهى المذهب فلا يرث ولا يورث روى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعى وأبى ثور لمـــا روى عمرو بن =

أو أم ولد . فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فلورثته [1] ويرث ويحجب

= شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود . وقال القاضي وأبو الخطاب إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يجوز ابقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه ، والرواية الثانية إذا ملك ما يؤدى صار حرا يرث ويورث فاذا مات له من يرثه ورث وان مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « إذا كان لاحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه » وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح : يعطى سيده من تركته ما بقي من كتابته فان فضل شيء كان لورثة المكاتب. وروى نحوه عن الزهري وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة ، إلا أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه فانه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال: ما فضل من كتابته لاخيه دون ابنه ، وجعله أبو حنيفة عبدا مادام حيا وإن مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته

(١) قوله « فاما المعتق بعضه الخ » إذا كسب المعتق بعضه مالا ثم مات وخلفه فان كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هايأه سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئا فان الميراث انما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لاحق لمالك باقيه فيها ، وقال قوم : جميع ماخلفه بينه وبين سيده ، قال ابن اللبان :هذا غلط لأن الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي ، فاما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته

على قوله « بقدر ما فيه من الحرية » هذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال علي وابن مسعود وبه قال عثمان البتي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر لما روى عبد الله بن أحمد حدثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه « يرث ويورث على ما عتق منه » وفيه انقطاع ولانه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه . وقال زيد ابن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي

بقدر ما فيه من الحرية . فاذا كانت بنت وأم نصفهما حر وأب حر فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع وللأم مع حريتها ورق البنت الثلث والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها حريتها عن السدس فبنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فلها بنصف حريتها نصفه وهو الثمن والباقي للأب. وإن شئت نزلتهم أحوالا كتنزيل الخناثى. وإذا كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تكمل الحرية بهما؟ يحتمل وجهين[1] وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تكمل

على قوله « فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها » * لأنها لو كانت كاملة الحرية لكان لها النصف فوجب أن يكون لها بنصف حريتها نصفه

على قوله « وهو الربع » * لأنه نصف النصف

على قوله « الثلث » * لأنه ميراثها حينئذ

على قوله « يبقى لها الربع » * وهو نصف النصف

على قوله « وهو الثمن » * لأنه نصف ماتستحقه بالحرية الكاملة

على قوله « والباقي للاب » * لان له السدس بالفرض وما بقي بعده بالتعصيب لانه أولى رجل ذكر

(١) قوله « وإذا كان عصبتان الخ » إذا كان عصبتان لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان : أحدهما تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما الى ما في الآخر منها فان كمل منهما واحد ورثا جميعا ميراث ابن لان نصفي شيء شيء كامل ثم يقسم ما ورثاه بينهما على ما لكل واحد منهما فاذا كان ثلثا أحدهما حرا وثلث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثا فان نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما وان زاد على حر واحد وكان الجزآن فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية وان اختلفا أعطى كل واحد منهما بقدر مافيه . والوجه الثاني لا تكمل الحرية فيهما لانهما لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين وهذا المذهب

على قوله « وإذا كان عصبتان » * لا يحجب أحدهما الآخر

باب الولاء[1]

كل من أعتق عبداً [2] أو أعتق عليه برحم [3] أو كتابة [4]

---

(١) قوله « باب الولاء » أى باب ميراث الولاء لان الولاء لا يورث وانما يورث به فهو من اضافة الشيء الى سببه لأن سبب الميراث هنا الولاء. ولا شك أنه من جملة الأسباب التي يتوارث بها . والولاء بفتح الواو ممدودا هو ثبوت حكم شرعي بالعتق أو تعاطى سببه . ومعناه انه اذا أعتق رقيقا على أى جهة صار له عصبة فى جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبة من النسب كالميراث وولاية النكاح والعقل والأصل فيه قوله تعالى ﴿ فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم ﴾ يعنى الأدعيا وقول النبي ﷺ «الولاء لمن اعتق» متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وهبته متفق عليه . وانما تأخر الولاء عن النسب لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عبدالله بن أبي أوفى «الولاء لحمة كلحمة النسب» رواه الخلال ورواه الشافعي وابن حبان من حديث ابن عمر مرفوعا وفيه « لا يباع ولا يوهب» شبهها بالنسب والمشبه دون المشبه به . وأيضا فان النسب أقوى منه لأنه تتعلق به المحرمية ووجوب النفقة ورد الشهادة ونحوها بخلاف الولاء

(٢) قوله « كل من أعتق عبدا » أى سواء أعتقه كله أو بعضه فسرى الى بقيته فله عليه الولاء إجماعا حيث لم يعتقه عن نذره أو كفارته وكلامه شامل للمسلم وغيره فلو أعتق الحربى حربيا فله عليه الولاء فى قول عامتهم

(٣) قوله « أو عتق عليه برحم » يعنى اذا ملكه فعتق عليه بالملك كان له ولاؤه لأنه يعتق من ماله بسبب فعله وسواء ملكه بشراء أو هبة أو إرث أو غنيمة أو غيره لا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا

(٤) قوله « أو كتابة » يعنى اذا كاتبه فأدى ما كوتب عليه عتق . ولا فرق بين أن يؤدى الى سيده أو الى ورثته . وحكى ابن سراقة عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده كما لو اشتراه أجنبي فاعتقه . ولنا أن السيد هو المعتق لانه يبيعه بماله ، وماله وكسبه لسيده ، فجعل ذلك له ثم باعه به

او تدبير[١] أو استيلاد[٢] أو وصية بعتقه فله عليه الولاء[٣] وعلى أولاده من زوجة معتقة أو من أمته[٤] وعلى معتقيه ومعتق أولاده وأولادهم ومعتقيهم أبداً ما تناسلوا . ويرث به عند عدم العصبة من النسب[٥] ثم يرث به عصبته من بعده الأقرب فالأقرب[٦] ، وعنه فى المكاتب إذا أدى إلى الورثة إن ولاءه لهم ، وان أدى اليهما فولاؤه بينهما . ومن كان أحد أبويه حر الأصل ولم يمسه رق فلا ولاء عليه[٧] . ومن أعتق

---

(١) قوله « أو تدبير » أى عتق عليه بالتدبير فولاؤه لسيده نص عليه

(٢) قوله « أو استيلاد » يعنى ان اعتقت أم الولد بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته فى قول الجمهور وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ولدها فيكون ولاؤها له . ونحوه عن ابن عباس

(٣) قوله « فله عليه الولاء » أى ثبت للمعتق على المعتق إلا اذا أعتق قن قنا ملكه نص عليه

(٤) قوله « وعلى أولاده من زوجة الخ » أى لأنه ولى نعمتهم وعتقهم بسببه ولأنهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو سريته فان كانت أمهم حرة الأصل فلا ولاء على ولدها لأنهم يتبعونها فى الحرية والرق فيتبعونها فى عدم الولاء اذ ليس عليها ولاء

(٥) قوله « ويرث به عند عدم العصبة من النسب » أى اذا لم يكن للمعتق عصبة ولاذو فرض فهو للمولى لما روى الحسن مرفوعا «الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فللمولى» ولأن النسب أقوى من الولاء ، وظاهره انه اذا كان عصبة أو ذو فرض يستغرق المال فلا شىء للمولى بلا خلاف نعلمه ولو كان ذو فرض لا يستغرق المال فالباقى للمولى

(٦) قوله « ثم يرث به الخ » أى سواء كان ابنا أو أخا أو أبا أو غيره من العصبات ولا فرق بين كون المعتق ذكرا أو أنثى لما روى أحمد عن سعيد بن المسيب مرفوعا أنه قال « المولى أخ فى الدين ومولى نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق » انتهى فان لم يكن له عصبة فلمولاه

(٧) قوله «ومن كان أحد أبويه الخ » أى اذا كان احد الزوجين حر الأصل =

سائبة[1] أو فى زكاته أو نذره أو كفارته ففيه روايتان[2] : إحداهما له عليه

= فلا ولاء على ولدهما سواء كان الآخر عربيا أو مولى لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقا فى انتفاء الرق والولاء فلأن يتبعها فى نفى الولاء وحده أولى ، وان كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما اذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلأن يتبعه فى سقوط الولاء عنه أولى وهـــذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم. وعلى هذا لا فرق بين أن يكون مسلما أو ذميا معلوم النسب أو مجهوله

[فائدتان] إذا تزوج عبد معتقة لقوم أو بحرة الأصل فاولدها ثم أعتقه مولاه فقال ابن أبى موسى لا يختلف قول أحمد أن ولاء أولاده لمولى أبيهم

(الثانيـة) يقدم المولى فى الميراث على الرد وذوى الأرحام فى قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، فاذا مات رجل وخلف بنتـه ومولاه فلبنته النصف والباقى لمولاه ، وان خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه خاصة

(١) قوله « ومن أعتق سائبة » أى فيقول أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله تعالى ، أو أعتقتك ولا ولاء لى عليك . وأصله من تسييب الدواب . ولا نزاع فى صحة العتق والخلاف إنما هو فى ثبوت الولاء للمعتق. وفيه روايتان : قال فى المبدع فاشهرهما ـ واختاره أكثر الأصحاب حتى أن القاضى والشريف وابا الخطاب فى خلافيهما وابن عقيل فى التذكرة لم يذكروا خلافا ـ أنه لا ولاء عليه لأن ابن عمر اعتق سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابا فاعتقهم ، وعلله أحمد بانه جعـله لله تعالى فلا يجوز أن يرجع اليه منه شىء انتهى . والرواية الثانية يثبت الولاء للمعتق قال فى الأنصاف وهى المذهب عند المتأخرين وهو قول الشعبي والنخعى وابن سيرين والشافعى وأهل العراق . قال المؤلف وهو أصح فى النظر لعموم الأخبار . وعن هزيل بن شرحبيل قال : جاء رجل الى عبد الله فقال انى أعتقت عبدا وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثا . فقال عبد الله ان اهل الأسلام لا يسيبون وانما كان أهل الجاهلية يسيبون وأنت ولى نعمته فأن تأثمت وتحرجت من شىء فنحن نقبله ونجعله فى بيت المال رواه مسلم . وقال سعيد حدثنا هشيم عن منصور ان عمر وابن مسعود قالا فى ميراث السائبة : هو للذى أعتقه

(٢) قوله « أو فى زكاته الخ » المذهب فى هذه الصور ثبوت الولاء للمعموم

الولاء ، والثانية لا ولاء عليه ومارجع من ميراثه رد فى مثله يشترى به رقاب يعتقهم . ومن أعتق عبده عن ميت أو حى بلا أمره فولاؤه للمعتق[1] وان أعتقه عنه بأمره فولاؤه للمعتق عنه[2] وإن قال أعتق عبدك عنى وعلىّ ثمنه ففعل فالثمن عليه وولاؤه للمعتق عنه[3] وإن قال أعتقه والثمن على ففعل فالثمن عليه والولاء المعتق[4] وان قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عنى وعلى ثمنه ففعل فهل يصح ؟ على وجهين[5] . ومن أعتق عبداً يباينه فى دينه فله

---

(١) قوله «ومن أعتق عبده الخ» هذا قول الثورى والأوزاعى وأبى حنيفة والشافعى وداود وروى عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه اعتقه عن غيره فكان الولاء له كما لو اذن فيه . ولنا قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» ولأنه أعتقه من غير اذنه فكان الولاء له

(٢) قوله « وان أعتقه عنه الخ » وهذا قول جميع من حكينا قوله فى المسئلة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق

(٣) قوله « واذا قال أعتق عبدك الخ » قال المصنف : لا نعلم خلافا فى هذه المسئلة وان الولاء للمعتق عنه ويلزمه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض

(٤) قوله « وان قال أعتقه والثمن على الخ » أى فالثمن على السائل لأنه جعل جعلا على الاعتاق فلزمه العمل أشبه ما لو قال من بنى لى هـذا الحائط فله كذا استحقه بعمله ويكون الولاء والعتق للمعتق أى المسئول على الأصح لأنه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد مايقتضى صرفه اليه فعلى المذهب يجزئه عن الواجب على الصحيح من المذهب

[تنبيه] بقى هنا صورتان: الاولى اذا قال اعتق عبدك عنى وأطلق فيحتمل أن يلزمه العوض كما لو صرح به اذ الغالب فى انتقال الملك العوض ، ويحتمل أن لا يلزمه لأنه التزام ما لم يلزمه وهذا الصحيح من المذهب . الثانية اذا قال اعتقه عنى مجانا لم يلزمه العوض بلا نزاع والولاء والعتق للسائل

على قوله « والثمن على » * أو اعتقه عنك وعلى ثمنه

(٥) قوله « وان قال الكافر الخ » أحدهما يصح ويعتق وله عليه الولاء كالمسلم وهذا الصحيح من المذهب لأنه انما يملكه زمنا يسيرا ولا يتسلمه فاغتفر هذا لأجل تحصيل الحرية للأبد وهو نفع عظيم

ولاؤه (١) وهل يرث به ؟على روايتين(٢) إحداهما لا يرث لكن إن كانت له عصبة على دين المعتق ورثه وإن أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة

فصل

ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن(٣) أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن. وعنه فى بنت المعتق خاصة ترث(٤) والأول أصح ولا يرث منه

---

(١) قوله « فولاؤه له » أى بغير خلاف نعلمه لأنه معتق فيدخل فى قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن اعتق » وحينئذ يثبت الولاء الأنثى على الذكر وبالعكس

(٢) قوله « وهل يرث به الخ » أى وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟ فيه روايتان . إحداهما يرثه وهى المذهب يروى ذلك عن على وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر. واحتج أحمد بقول على « الولاء شعبة من الرق » فلم يضر تباين الدين بخلاف الإرث بالنسب ، والثانية لا يرث به واختاره المصنف وصاحب الفائق . ومال اليه الشارح ، وهى قول جمهور الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر » الخبر

على قوله « لكن إن كان له » * أى السيد

على قوله « على دين المعتق » * بفتح التاء

على قوله « وإن أسلم الكافر منهما » * أى من السيد والعتيق

على قوله « ورث المعتق » * بكسر التاء

(٣) قوله « ولا يرث النساء من الولاء الخ » هذا المذهب نص عليه حتى قال أبو بكر هذا المذهب رواية واحدة وروى عن عمر وعثمان وعلى وغيرهم ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان كالإجماع . وسنده ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال « ميراث الولاء للكبر من الذكور ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن أو أعتق من أعتقن »

على قوله « أو أعتق من أعتقن » * وأولادهما ومن جروا ولاءه

(٤) قوله « وعنه فى بنت المعتق الخ » اختارها القاضى وأصحابه واليها ميل =

ذو فرض إلا الأب والجد(١) يرثان السدس مع الابن ، والجد يرث الثلث مع الاخوة إذا كان أحـــظ له (٢) ، والولاء لا يورث وإنمــــا يورث

= الجد فى المنتقى واحتج الامام أحمد بما روى ابن عباس أن مولى لحمزة توفى وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وابنة حمزة النصف رواه الدارقطنى وقد روى ابراهيم النخعى ويحيى بن آدم واسحاق أن المولى كان لحمزة واعترض عليه بأن المولى كان لابنة حمزة قاله أحمد فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هى المعتقة وصححه فى الـكافى والشرح ، ويرشحه ما روى ابن ماجه عن محمد ابن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن الحكم عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة ـ وهى أخت ابن شداد لأمه ـ قالت مات مولاى وترك ابنته فقسم النبي ﷺ ماله بينى وبينها فجعل لى النصف ولها النصف . ورد بأن ابن أبى ليلى ضعيف

[مسائل] اذا خلف بنت معتقه وابن عم معتقه فجميع المال لابن العم على الأولى وعلى الثانية للبنت والنصف الباقى لابن العم . ولو خلف المعتق بنته وبنت معتقه فالمال كله لابنته على الأولى بالفرض والرد وعلى الثانية المال بينهما . ولو كان بدل بنت معتقه أخت معتقه فلا شىء لها قولا واحدا

على قوله « ولا يرث منه » * بالولاء

(١) قوله « ولا يرث منه ذو فرض الخ » هذا المذهب نص عليه ، وهذا قول شريح والنخعى والأوزاعى والعنبرى وإسحاق وأبى يوسف لأنهما يرثان ذلك فى غير الولاء فكذا فى الولاء وروى عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبى والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبة والأب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض . وجوابه بأنه عصبة وارث واستحق من الولاء كالآخرين ، ولا نسلم ان الابن أقرب من الأب بل هما سواء وكلاهما عصبة

على قوله « ولا يرث معه ذو فرض » * كالأخ من الأم والزوج اذا لم يكونا ابنى عم

(٢) قوله « والجد يرث الثلث الخ » هذا المذهب فاذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الأنصارى والثورى لأنه =

به[1] ولا يباع ولا يوهب[2] وهو للكبر[3] فاذا مات المعتق وخلف عتيقه

= يرث معهم فى غير الولاء فكذا فى الولاء . وعن زيد المال للأخ لأنه ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب ومن جعل الجد أبا ورثه وحده

[مسائل] إذا خلف جد مولاه وابن أخي مولاه فالمال للجد فى قولهم جميعا وكما لو خلف جد مولاه وعم مولاه فلو ترك جد أبى مولاه وعم مولاه فهو للجد فى قول أهل العراق ، وقال الشافعى هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون جد الأب

[فائدة] لا يرث المولى من أسفل معتقه فى قول عامتهم . وحكى عن شريح وطاوس انهما ورثاه لحديث ابن عباس حسنه الترمذى وروى ذلك عن عمر وعلى وعلى الأول لا يعقل عنه

(١) قوله « والولاء لا يورث الخ » هذا المذهب وهو قول الجمهور روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبى مسعود البدرى وأبى بن كعب وبه قال عطاء وسالم وطاوس والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبى وابراهيم ومالك والشافعى وداود وأهل العراق لأنه عليه الصلاة والسلام شبهه بالنسب والنسب لا يورث وإنما يورث به ولان الولاء انما يحصل بانعام السيد على رقيقه بالعتق وهذا المعنى لا ينتقل عن العتق فكذا الولاء

(٢) قوله « ولا يباع الخ » أى لا يصح لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الولاء وعن هبته . ولا يجوز شراؤه ولا وقفه ولا أن يأذن لمولاه فيوالى من شاء روى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس والزهرى ومالك والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه . لكن روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتبا . وروى عنها أيضا أنها وهبت ولاء مواليها للعباس. وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاى أن يوالى من شاء فيجوز قال نعم. وجوابه بأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال الولاء لحمة كلحمة النسب وقال « لعن الله من تولى غير مواليه »

(٣) قوله « وهو للكبر » أى خاصة بمعنى أنه يرث بالولاء أقرب عصبات السيد اليه يوم مات عتيقه لا يوم مات السيد هذا هو المختار للأصحاب والمشهور =

وابنين فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات العتيق فالميراث لابن المعتق[(١)] فإن مات الابنان بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة فولاؤه بينهم على عددهم[(٢)] لكل واحد عشرة . وإذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما فعتق عليهما ثم اشترى عبدا فأعتقه ثم مات المعتق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته[(٣)] ، وإذا ماتت المرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها

= من الروايتين وقد روى عن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر ، وقد رواه سعيد حدثنا هشيم حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليا وزيدا وابن مسعود جعلوا الولاء للكبر ، وعنه أن الولاء لا يورث كالمال قاله جمع من الصحابة ومعناه أن من ملك شيئا فى حياته فهو لورثته لكن يختص بالعصبة

على قوله « فاذا مات » ، هذا تفريع على المسألة وتوضيح لها

(١) قوله « فالميراث لابن المعتق » نص عليه لأن ابن المعتق أقرب الناس اليه يوم مات المعتق قال أحمد قوله عليه الصلاة والسلام « أعطه أكبر خزاعة » ليس أكبرهم سنا ولكنه أقربهم إلى خزاعة ، وعلى الثانية هو بينهما نصفين لأنه لما مات المولى المنعم ورثه ابناه الولاء بينهما نصفين فإذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ابنه

(٢) قوله « فإن مات الإبنان الخ » نص عليه لأن الجميع فى القرب إلى السيد يوم مات العتيق سواء وعلى الأخرى ونص عليها هنا لابن الابن النصف ارثا عن أبيه والنصف الآخر على بنى الابن الآخر على تسعة

[فائدة] إذا لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولى أمه ثم لأقرب عصباته فاذا انقرض العصبات وموالى عصباتهم فما له لبيت المال

(٣) قوله « وإذا اشترى رجل واخته الخ » اذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما فعتق ثم اشترى عبدا فأعتقه ثم مات الأب أو الأخ فيراثه بينهما أثلاثا بالنسب فاذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لأنه ابن المعتق أو أخوه فورثه بالنسب وهو مولاه المعتق وعصبة المعتق مقدم على مولاه وروى عن مالك أنه قال سألت عنها سبعين قاضيا من قضاة العراق فاخطأوا فيها . وهذا مفرع على الصحيح من المذهب من أن النساء لا يرثن من الولاء الا ما أعتقن أو اعتق من اعتقن وعلى الرواية التى تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشتريا أباهما يكون ميراث العبد بينهما أثلاثا

فولاؤه لابنها وعقله على عصبتها (١)

فصل فى جر الولاء

كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه بحال فأما إن تزوج العبد معتقة فأولدها فولاء ولدها لموالى أمه (٢) فإن أعتق العبد سيده انجر ولاء ولده إليه (٣) ولا يعود إلى مولى الأم بحال (٤) وان أعتق الجد لم يجر ولاءهم فى أصح

---

(١) قوله « وإذا ماتت المرأة الخ » وذلك لما روى ابراهيم قال اختصم على والزبير فى مولى صفية فقال على مولى عمتى وأنا أعقل عنه وقال الزبير مولى أمى وأنا أرثه فقضى عمر على على بالعقل وقضى للزبير بالميراث رواه سعيد واحتج به أحمد وظاهره أن الابن ليس من العصبة وهو مقتضى كلام الأكثرين وقدمه المصنف فى باب العاقلة وهو إحدى الروايتين ومن قال الابن من العاقلة وهو المذهب يقول الولاء له والعقل عليه فان باد بنوها فولاؤها لعصبتها وعنه ولاؤه لعصبة بنيها وهو موافق للولاء يورث ثم لعصبة بنيها

[فائدة] لو أعتق سائبة أو فى زكاة أو نذره أو كفارة أو قال لا ولاء لى عليك وقلنا لا ولاء له عليه فنى عقله لكونه معتقا روايتان

(٢) قوله فولاء ولدها لموالى أمه » أى لأنهم سبب الانعام على الولد لكونه عتق بعتق أمه

(٣) قوله « فاذا عتق العبد سيده الخ » أى الى معتق أبيه وهذا قول الجمهور من الصحابة ومن بعدهم لما روى عبد الرحمن عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم فقيل موالى رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فاعتقه وقال لأولاده انتسبوا إلى فإن ولاءكم لى فقال رافع بل هو لى فانهم عتقوا بعتق أمهم فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير وأجمعت عليه الصحابة ولان الأب لما كان مملوكا لم يصلح وارثا ولا وليا فى نكاح فكان كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لموالى أمه وانتسب اليهم فإذا عتق العبد صلح للانتساب وعاد وارثا ووليا فعادت النسبة اليه والى مواليه

(٤) قوله « ولا يعود الخ » أى إذا انجر الولاء لموالى الأب ثم انقرضوا =

الروايتين[١]. وعنه يجره[٢]. وان اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء اخوته ويبقى ولاؤه لموالى أمه لأنه لا يجر ولاء نفسه . وإن اشترى الولد عبدا

= عاد الولاء الى بيت المال ولم يعد الى موالى الأم بحال فى قول أكثرهم ، وعن ابن عباس خلافه ، والأول أصح لأن الولاء يجرى مجرى الانتساب ، ولو انقرض الأب وآباؤه لم يعد النسب إلى الأم فكذا الولاء فعليه لو ولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لمولى أبيه بغير خلاف

[فائدة] حكم المكاتب يتزوج فى كتابته فيولد له ثم يعتق حكم القن فى جر الولاء وكذا المدبر والمعلق عتقه بصفة لأنهم عبيد

(١) قوله « وإن أعتق الجد الخ » أى أعتقه قبله ، قال أحمد الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب ولأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الأب ، والجد لا يساويه بدليل أنه لو أعتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد اليه ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده

(٢) قوله « وعنه يجره » الى مولاه بكل حال وهو قول أهل المدينة فان أعتق الأب بعد ذكره جره عن موالى الجد اليه

على قوله « عتق عليه » . بالملك للخبر

على قوله « وله ولاؤه » . لأنه عتق عليه بسبب شرائه فكان له الولاء كما لو باشره بالعتق

على قوله « وولاء إخوته » . لأنهم تبع لأبيهم

على قوله « ويبقى ولاؤه لموالى أمه » . فى قول جمهور الفقهاء

على قوله « لأنه لا يجر ولاء نفسه » ، وشذ عمرو بن دينار فقال يجره وهو بعيد لأنه يؤدى إلى أن يكون الولاء ثابتا على أبويه دونه مع كونه مولودا لهما فى حالة رقهما وليس لنا مثل هذا فى الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها

على قوله « ثبت له ولاؤه » . أى فأنه يجر ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه اياه

فأعتقه ثم اشترى العتيق أبا معتقه فأعتقه ثبت له ولاؤه وجر ولاء معتقه [1] فصار كل واحد منهما مولى الآخر [2]. ومثله لو أعتق الحربى عبدا ثم سبى العبد معتقه فأعتقه فلكل واحد منهما ولاء صاحبه [3]

فصل فى دور الولاء [4]

إذا اشترى ابن وبنت معتقة* أباهما فعتق عليهما صار ولاؤه لهما نصفين وجر كل واحد منهما نصف ولاء صاحبه ويبقى نصفه لموالى أمه فإن مات الأب ورثاه أثلاثا [5] فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات

---

(١) قوله « وجر ولاء معتقه » أى وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبويه

(٢) قوله « فصار كل واحد الخ » أى لأن الولد مولى العتيق لأنه أعتقه والمعتق مولى الولد لأنه اعتق أباه وشرطه أن يكون الولد من معتقه لينجر الولاء إلى المعتق بشراء أبيه فلو كانت حرة الأصل لم يكن عليه ولاء لأحد

(٣) قوله « ومثله لو أعتق الخ » أى لأن كل واحد منهما منعم على الآخر بخلاص رقبته من الرق فان سبى المسلمون العتيق الأول فرق ثم أعتق فولاؤه لمعتقه ثانيا وقيل للأول وقيل لهما

على قوله « ثم سبى العبد معتقه » * أى أسر سيده

(٤) قوله « فى دور الولاء » ومعنى دوره أن يخرج من مال الميت قسط الى مال ميت آخر بحكم الولاء ثم يرجع من ذلك القسط جزء إلى الميت الآخر بحكم الولاء أيضا فيكون هذا الجزء الراجع قد دار بينهما . واعلم أنه لا يقع الدور فى مسئلة حتى يجتمع فيها شروط : أن يكون المعتق اثنين فصاعدا، وأن يموت فى مسئلة اثنان فصاعدا ، وأن يكون الباقى منهما يحوز ارث الميت

على قوله « نصف ولاء صاحبه » * لأن ولاء الولد تابع لولاء الوالد

على قوله « ويبقى نصفه لموالى أمه » * لأن الشخص لا يجر ولاء نفسه

(٥) قوله « ورثاه أثلاثا » أى لأن ميراث النسب مقدم على الولاء وميراث النسب للذكر مثل حظ الأنثيين

أخوها فماله لمواليه وهم أخته وموالى أمه فلموالى أمه النصف والنصف الآخر لموالى الأخت وهم أخوها وموالى أمها فلموالى أمها نصف ذلك وهو الربع[1] يبقى الربع وهو الجزء الدائر لأنه خرج من الأخ وعاد اليه ففيه وجهان : أحدهما أنه لموالى الأم ، والثانى أنه لبيت المال لأنه لا مستحق له

كتاب العتق

وهو من أفضل القرب[2] والمستحب عتق من له كسب فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته[3] ، ويحصل العتق بالقول

على قوله « لموالى الأخت » . لأن الولاء بينهما نصفين

(١) قوله « وهو الربع » أى لأن ولاء الأخت بين الأخ وموالى الأخت نصفين

(٢) قوله « وهو من أفضل القرب » وذلك لقوله تعالى ﴿فك رقبة﴾ وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج » متفق عليه فى أخبار كثيرة

(٣) قوله « فأما من لا قوة له الخ » هذا المذهب بل يكره لأنه يتضرر بفوات نفقته الواجبة له ويصير كلا على الناس ، فان كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك إسلامه أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا اعتق واحتاج سرق أو فسق وقطع الطريق أو جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره إعتاقه ، فان غلب على الظن إفضاؤه الى هذا كان محرما لان التوسل إلى الحرام حرام . فأن أعتقه صح لأنه إعتاق صدر من أهله فى محله

[فائدتان] لو أعتق عبده أو أمته واستثنى نفعه مدة معلومة صح نص عليه لحديث سفينة ، وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته لأن ام سلمة أعتقت سفينة واشترطت عليه خدمته ﷺ ما عاش رواه أبو داود

(الثانية) يصح العتق ممن تصح وصيته وإن لم يبلغ قال فى الفائق نص عليه وهذا الصحيح من المذهب وقال الناظم ولا يصح الا ممن يصح تصرفه فى ماله وقدمه

والملك[1] ، فأما القول فصريحه لفظ العتق والحرية كيف صرفا [2] وكنايته خليتك والحق بأهلك واذهب حيث شئت ونحوها[3]. وفى قوله: لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك ولا ملك لى عليك ولا رق لى عليك وفككت رقبتك وأنت لله تعالى وأنت سائبة روايتان : إحـــداهما أنه صريح ، والأخرى كنـــاية [4] . وفى قوله لأمتـه : أنت طالق وأنت حرام

= فى المستوعب وقطع الموفق وغيره انه لا عتق لمميز وقال طائفة من الأصحاب لا يصح عتق الصغير بلا خلاف منهم الموفق وأثبت غير واحد الخلاف . ولا يصح العتق من سفيه كالهبة والصدقة منه لا من مجنون ، ولا يصح أن يعتق أب عبد ولده الصغير كالكبير ، ولو قال رجل لعبد غيره أنت حر من مالى فلفوفان اشتراه بعد ذلك فهو مملوك ولا شيء عليه وهذا المذهب فى ذلك كله

(١) قوله « ويحصل العتق الخ» هذا المذهب ولا يحصل بالنية المجردة لأنه ازالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كالطلاق

(٢) قوله « كيف صرفا » نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا فى الكتاب والسنة وهما يستعملان فى العتق عرفا فمتى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق سواء نواه أو لم ينوه ، قال أحمد فى رجل لقى امرأة فى الطريق فقال تنحى ياحرة فاذا هى جاريته قال عتقت عليه ، وقال فى رجل قال لخدم قيام فى وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندى تعتق أم ولده وهذا المذهب ، قال فى الشرح ويحتمل أن لا تعتق فى هـذين الموضعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم يعتق به كما لو قال عبدى حر يريد أنه عفيف كريم الأخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فاشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق ظنها المناداة فانها لا تطلق فى رواية فكذا ههنا وأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدى هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت الا حر اى انك لا تطيعنى ولا ترى لى عليك حقا ولا طاعة فلا يعتق فى ظاهر المذهب . انتهى

(٣) قوله « وكنايته الخ » وكقوله أطلقتك وحبلك على غاربك فهذا ان نوى به العتق عتق والا فلا

(٤) قوله « وفى قوله لا سبيل لى عليك الخ » إحداهما أنه كناية وهى المذهب لأنه يحتمل غير العتق ولا خلاف فى المذهب فى أنه يعتق اذا نوى

روايتان (١) إحداهما أنه صريح والأخرى كناية . وفى قوله لأمته أنت طالق أو أنت حرام روايتان : إحداهما أنه كناية والأخرى لا يعتق به وان نوى . وإن قال لعبده وهو أكبر منه : أنت ابنى لم يعتق ذكره القاضى ، ويحتمل أن يعتق . وإذا أعتق حاملا عتق جنينها إلا أن يستثنيه (٢) ، وإن أعتق ما فى بطنها دونها عتق وحده (٣) ، وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه (٤)

---

(١) قوله « وفى قوله لأمته الخ » إذا قال لها أنت طالق ينوى به العتق ففيه روايتان إحداهما لا يعتق به وهو قول أبى حنيفة لأن الطلاق لفظ وضع لازالة ملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة ، والثانية هو كناية تعتق به اذا نواه وهى المذهب وهو قول مالك والشافعى لأن الرق أحد الملكين على الآدمى فيزول بلفظ الطلاق كالآخر ، وكذا إذا قال أنت حرام ينوى به العتق عتقت

(٢) قوله « وان أعتق حاملا الخ » أى لأنه تابع لأمه بدليل دخوله فى البيع والهبة فى العتق أولى الا أن يستثنيه فانه لا يعتق روى عن ابن عمر وأبى هريرة والنخعى وإسحاق وابن المنذر ، وقال مالك والشافعى لا يصح استثناء الجنين لأن النبى ﷺ نهى عن الثنيا الا أن تعلم وقياسا على استثنائه فى البيع

(٣) قوله « وإن أعتق ما فى بطنها الخ » لا نعلم فى ذلك خلافا

(٤) قوله « وأما الملك الخ » ذو الرحم المحرم القريب الذى يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما امرأة والآخر رجلا وهم الوالدان وأن علوا من قبل الأب والأم جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والأخوات والإخوة وأولادهم وإن سفلوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات وإن علوا دون أولادهم ، فتى ملك أحدا منهم عتق عليه روى ذلك عن عمر وابن مسعود وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن أبى ليلى والثورى والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وهو المذهب وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا والإخوة والأخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعى الا عمودى النسب وهو رواية عن أحمد ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه لقول النبى ﷺ « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » رواه مسلم ، ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله ﷺ « من ملك ذا رحم فهو حر » رواه الخمسه وحسنه =

وعنه لا يعتق إلا عمود النسب ، وان ملك ولده من الزنا لم يعتق فى ظاهر كلامه[١] ويحتمل أن يعتق . وان ملك سهماً مما يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله[٢] وعليه قيمة نصيب شريكه[٣] وان كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك[٤] وإن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك موسراً كان أو معسراً[٥]،وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسرا . وان مثل

= الترمذى وقال : العمل على هذا عند أهل العلم . وعن قتادة عن عمر موقوفا مثله رواه أبو داود ، وقتادة لم يدرك عمر . وعن ابن عمر مثله رواه ابن ماجه باسناد جيد لكن قال أحمد لا أصل له

[فائدة] علم مما سبق أنه لايعتق بشراء رحم غير محرم ولا محرم برضاع أو مصاهرة ، نقله الجماعة وهو المذهب

(١) قوله « وان ملك ولده الخ » أى ولده وان نزل وأباه وان علا من الزنا لم يعتق وهو المذهب ، لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه من الحجب والميراث والمحرمية ووجوب الانفاق

على قوله « وهو موسر » . والموسر هنا القادر حالة العتق على قيمة باقيه وأن يكون فاضلا كفطرة أى عن حاجته وحاجة من يمونه يوم العتق وليلته وهذا المذهب

(٢) قوله « عتق عليه كله » أى سواء ملكه بعوض أو بغيره كالهبة والاغتنام والوصية باختياره أو بغيره لأنه فعل سبب العتق اختيارا منه فسرى اليه كما لو أعتق نصيبه من مشترك

(٣) قوله « وعليه الخ » لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال قوم لايعتق عليه الا ما ملك

(٤) قوله « وان كان معسراً الخ » هذا المذهب لأنه لو أعتقه لم يعتق ويستقر ذلك الجزء فيه ويرق الباقى

(٥) قوله « وان ملكه بالميراث الخ » هذا المذهب لانه لم يتسبب إلى اعتاقه وانما حصل بغير اختياره

بعبده فجدع أنفه أو أذنه ونحو ذلك عتق نص عليه[١] قال القاضى والقياس أن لا يعتق . وإذا أعتق السيد عبده فماله للسيد [٢] ، وعنه أنه للعبد

فصل

وإذا أعتق جزءا من عبد معينا أو مشاعا عتق كله[٣] وان أعتق شركا له فى

---

(١) قوله « وان مثل الخ » أى ولو بلا قصد وهذا المذهب وكذا لو جبه أو خصاه أو خرق عضوا منه أو حرق أو وطىء سيد جاريته المباحة التى لا يوطأ مثلها فافضاها أى خرق ما بين سبيليها قال الشيخ تقى الدين أو استكرهه على الفاحشة أى اللواط وهذا المذهب فى ذلك فيعتق بمجرد التمثيل ولا حكم حاكم لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن زنباعا أبا روح وجد غلاما له مع جاريته فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى العبد النبى ﷺ فذكر له ذلك فقال ﷺ : ما حملك على ما فعلت ؟ قال فعل كذا . قال اذهب فانت حر رواه أحمد وغيره . ولو مثل بعبد مشترك سرى العتق إلى باقيه بشرطه وللسيد الذى مثل ولاء العبد لقوله « الولاء لمن أعتق » ولا عتق إذا مثل بعبد غيره

(٢) قوله « وإذا أعتق السيد الخ » هذا المذهب روى عن ابن مسعود وأبى أيوب وأنس بن مالك وبه قال قتادة والحكم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وعنه للعبد وبه قال الحسن وعطاء والشعبى والنخعى ومالك وأهل المدينة لما روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « من أعتق عبدا وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد » رواه أحمد وأبو داود والترمذى بإسناد جيد . ولنا ما روى الأثرم عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير : ياعمير إنى أريد أن أعتقك عتقا هنيئا فاخبرنى بمالك فانى سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده » ولأن العبد وماله لسيده فازال ملكه عن أحدهما فبقى فى الآخر كما لو باعه ، وحديث ابن عمر قال أحمد يرويه عبد الله ابن أبى جعفر من أهل مصر وهو ضعيف فى الحديث . وحكم المدبر وأم الولد إذا مات سيدها والمكاتب ولهم أموال حكم العبد

(٣) قوله « وإذا أعتق جزءا الخ » هذا قول جمهور العلماء روى ذلك عن =

عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمه باقيه يوم العتق لشريكه[١] وان أعتقه شريكه بعد ذلك لم يثبت له فيه عتق[٢] وإن كان معسرا لم يعتق إلا

= عمر وابنه وبه قال الحسن والحكم والأوزاعي والثوري والشافعي . قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا أعتق نصفه . وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما أعتق ويسعى فى باقيه . وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ومن اعتق شقصا له فى مملوك فهو حر من ماله » وفى الصحيحين معناه من حديث أبي هريرة ولأنه ازالة ملك عن بعض رقيقه فزال جميعه كالطلاق

على قوله « وإذا عتق جزءا من عبد » مراده غير شعر وظفر وسن

على قوله « معينا » * كرأسه وإصبعه

على قوله « أو مشاعا » * كعشره أو نصفه

(١) قوله « وان أعتق شركا له الخ » هذا المذهب وبه قال ابن أبي ليلى ومالك وابن شبرمة والثوري والشافعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق ، وقال البتى لا يعتق الا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق لما روى ابن التلب عن أبيه أن رجلا اعتق شقصا له فى مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ رواه أحمد . ولنا ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من اعتق شركا له فى عبد وكان ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه العبد قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه

[فائدة] تعتبر القيمة وقت العتق لأنه وقت الاتلاف ، وهل يقوم كاملا ولا عتق فيه أو قد عتق ؟ فيه قولان للعلماء الأول قاله الشيخ تقي الدين لظاهر الخبر

على قوله « عتق كله » * وان كان موسرا ببعض قيمته عتق منه بقدر ما أيسر به على الصحيح

(٢) قوله « فان أعتقه شريكه الخ » أي لأنه قد صار حرا بعتق الأول له لأن عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حرا واستقرت القيمة على المعتق الأول وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد واسحاق وابن المنذر والشافعي فى قول له اختاره المزني وقال الزهري وعمرو بن دينار =

نصيبه ويبقى حق شريكه فيه[1]، وعنه يعتق كله ويستسعى العبد فى قيمة باقيه غير مشقوق عليه[2] وإذا كان العبد لثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث

= ومالك والشافعى فى قول لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق واحتجوا بقوله ﷺ « فان كان موسرا يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق » رواه أبو داود فجعله عتيقا بعد دفع القيمة . ولنا حديث ابن عمر فانه يروى بالفاظ مختلفة تجتمع فى الدلالة على الحرية باللفظ ، فروى أيوب عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال « من اعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه أبو داود والنسائى ، وفى لفظ رواه ابن أبى مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وروى أبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من اعتق شقصا فى مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص فى محل النزاع وأما العطف بثم فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى ﴿ثم الله شهيد على ما يفعلون﴾

على قوله « بعد ذلك » » وقبل أخذ القيمة

على قوله « لم يثبت له فيه عتق » هذا قول الجمهور لخبر ابن عمر . قال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعى فى قول لا يعتق الا بدفع القيمة واختاره الشيخ تقى الدين

(١) قوله « وإن كان معسرا الخ » هذا المذهب وهو قول اسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير ومالك والشافعى وروى عن عروة أنه اشترى عبدا اعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر

(٢) قوله « وعنه الخ » وهو قول ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد واختاره أبو محمد الجوزى والشيخ تقى الدين ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « من أعتق شقصا له فى مملوك فعليه أن يعتقه ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه » متفق عليه ، فعلى هذه الرواية قيمة حصة الشريك فى ذمة العبد وحكمه حكم الأحرار فلو مات وبيده مال كان لسيده ما بقى من السعاية والباقى إرث ولا يرجع العبد على أحد بشئ وهذا الصحيح

سدسه فاعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً[١] ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكيهما فيه. وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه فى أحد الوجهين[٢]. وإذا ادعى كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه منه وهما موسران فقد صار العبد حراً لاعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعياً على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما[٣] وإن كانا

---

(١) قوله « وإذا كان العبد لثلاثة الخ » هذا المذهب أى لأن العتق بمنزلة الاتلاف وقد وجد منهما فيتساويان فى ضمانه كما لو جرحه أحدهما جرحاً والآخر أكثر منه ويفارق الشفعة فانها تثبت لازالة الضرر عن نصيب الشريك الذى لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ويصير الولاء بينهمـــا أثلاثا لأنا إذا حكمنا بان الثلث يعتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضممناه إلى النصف صار ثلثين والسدس الآخر الى سدس المعتق صارا ثلثا

على قوله « فاعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا » أى بأن تلفظا بالعتق معا أو علقاه على صفة واحدة أو وكلا لشخص فى عتقه

(٢) قوله « إذا أعتق الكافر الخ » هذا المذهب وهو قول الشافعى لعموم « من أعتق شركا له فى عبد » ولأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات . والثانى لا يسرى لأن فيه تقدير الملك والكافر لا يجوز أن يتملك المسلم ، ورد بأن هذا ليس بضمان تمليك وانما هو ضمان اتلاف وليس بجيد إذ لو صح لم يكن له ولاء والفرض أن له الولاء على ما عتق عليه فدل على أنه يدخل فى ملكه ثم يعتق والمحذور مغمور بما حصل من مصلحة العتق

(٣) قوله « وإذا ادعى كل واحد من الشريكين » هذا بلا نزاع لأن كل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لأنه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبى فعتق كله عليك ولزمك قيمة نصيبى « فقد صار العبد حرا » لاعترافهما بحريته وصار كل واحد مدعيا على شريكه قيمة حقه منه فان كان لأحدهما بينة حكم بها وان لم يكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فان نكل أحدهما قضى عليه فان نكلا جميعا سقط حقهما لتماثلهما

معسرين لم يعتق على واحد منهما[١] فإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق حينئذ ولم يسر إلى نصيبه[٢] وقال أبو الخطاب يعتق جميعهم. وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده[٣]. وإذا قال أحد الشريكين إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فاعتق الأول وهو موسر عتق كله عليه[٤] وإن

---

(١) قوله « وان كانا معسرين الخ » هذا بلا نزاع نعلمه لأن عتق المعسر لا يسرى إلى غيره بل هو شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان كانا فاسقين فلا أثر لكلامهما وان كانا عدلين عمل بشهادتهما لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لكن للعبد ان يحلف مع كل واحد منهما ويعتق جميعه أو مع أحدهما ويعتق نصفه إذا قلنا ان العتق يثبت بشاهد ويمين وكان عدلا على ما يأتى، ذكره الأصحاب . وذكر ابن أبي موسى لا يصدق أحدهما على الآخر وذكره أبو بكر فى زاد المسافر وعلله بانهما خصمان فلا يثبت شهادة خصم على خصم

(٢) قوله « وان اشترى أحدهما الخ » يعنى إذا كانا معسرين وهذا المذهب لأن عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولم يسر إلى نصيبه لأن السراية فرع الاعتاق ولم يوجد منه ذلك وانما حكم عليه بالعتق لاعترافه ان شريكه أعتقه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعى اعتاقه بل يعترف بان المعتق غيره وانما هو مخلص له ممن يسترقه

(٣) قوله « ولو كان أحدهما الخ » أي لاعترافه بان نصيبه قد صار حرا باعتاق شريكه الموسر الذى يسرى عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعى أن المعسر الذى لا يسرى عتقه اعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر إلى نفسه نفعا لكونه يوجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا ان لم يكن للعبد بينة سواء حلف الموسر وبرىء من القيمة والعتق جميعا ولا ولاء للمعسر فى نصيبه لأنه لا يدعيه ولا للموسر لذلك فان عاد المعسر فاعتقه وادعاه ثبت له

(٤) قوله « وهو موسر عتق كله عليه » هذا المذهب فيعتق نصيبه بالعتق ونصيب شريكه بالسراية ويقوم عليه نصيب شريكه ولا يقع عتقه لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك . قال المؤلف ويحتمل أن يعتق عليهما جميعا وله ولاؤه كله

كان معسراً عتق على كل واحد منهما نصيبه[1]. وإن قال إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتق عليهما موسراً كان أو معسراً [2]

فصـــــل

ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء الأمطار[3] ولا يملك ابطالها بالقول[4] وله بيعه وهبته ووقفه وغير ذلك فإن عاد اليه عادت الصفة[5] إلا أن تكون قد وجدت منه فى حال زوال ملكه ، فهل تعود بعوده؟ على

---

(١) قوله « وان كان معسرا الخ » أى لأن عتق المعسر لا يسرى إلى نصيب الشريك فوقع عتق الشريك لأنه وجد شرط عتقه ولم يوجد ما يمنع وقوعه ويكون الولاء لها

(٢) قوله « وان قال إذا أعتقت الخ » هذا المذهب ولم يلزم المعتق شيء لأن عتق شريكه وقع مقارنا للعتق المعلق ضرورة قوله فنصيبي حر مع نصيبك فلم تجد السراية محلا لانها لاتوجد الا بعد عتق الأول لنصيبه

(٣) قوله « ويصح تعليق العتق الخ » هذا المذهب وله بيعه واجارته وهبته ووطء الامة كالتدبير لأن ملكه باق عليه إذ العتق لا يقع إلا بعد وجود الشرط وبه قال الاوزاعى والشافعى وابن المنذر . وعنه لا يطأ الجارية لأن ملكه غير تام ومتى جاء الوقت وهو فى ملكه عتق بغير خلاف نعلمه فان خرج عن ملكه ببيع أو ميراث ونحوهما لم يعتق وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال النخعى وابن أبى ليلى إذا قال لعبده ان فعلت كذا فانت حر فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول لأنه ﷺ قال « لاطلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » ولأنه لا ملك له فلم يقع عتاقه

(٤) قوله « ولا يملك ابطالها بالقول » هذا المذهب لأنه ألزم نفسه شيئا فلم يملك ابطاله بالقول كالنذر ، وذكر ابن الزاغونى رواية أن له ذلك كالبيع

[فائدة] لا يقع العتق قبل كمال الصفة على الصحيح من المذهب كالجعل فى الجعالة

(٥) قوله « فان عاد اليه الخ » أى لأن التعليق وتحقق الشرط موجودان فى ملكه فوجب العمل به كما لو لم يزل ملكه عنه

روايتين (١) . وتبطل الصفة بموته ، فإن قال إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر (٢) أو أنت حر بعد موتى بشهر فهل يصح ويعتق بذلك ؟ على روايتين (٣) . وإن قال ان دخلتها فأنت حر بعد موتى فدخلها فى حياة سيده صار مدبراً والا فلا (٤) وان قال إن ملكت فلاناً فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح ؟ على روايتين (٥). وإن قاله العبد لم يصح فى أصح

---

(١) قوله « الا أن تكون قد وجدت الخ » إحداهما لا تعود ، قال فى المبدع وهو المنصوص وجزم به أبو محمد الجوزى قال فى الفائق وهو أرجح لانهـا انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها فى ملكه . والثانية تعود وهو المذهب لأنه لم توجد الصفة التى يعتق بها فاشبه مالو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ، ولان الملك مقدر فى الصفة فكأنه قال إذا دخلت الدار وأنت فى ملكى فانت حر ولم يوجد ذلك

(٢) قوله « فان قال إن دخلت الدار الخ » ذكر المصنف مسئلتين احداهما إذا قال ان دخلت الدار الخ وأطلق فيها روايتين احداهما لايصح ولا يعتق بوجود الشرط وهو الصحيح من المذهب لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه ، والثانية إذا قال أنت حر الخ قال مهنا سألت أحمد عن هذا فقال هذا لايكون شيئاً بعد موته واختاره أبو بكر وغيره لما ذكرنا فى التى قبلها

(٣) قوله « أو أنت حر بعد موتى بشهر الخ » المذهب فى هذه الصورة أنه يصح ويعتق كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى أن تباع سلعته ويتصدق بثمنها . وما كسب العبد بعد الموت وقبل وجود الشرط فهو للورثة وليس لهم التصرف فيه بعد الموت وقبل وجود الشرط ببيع ونحوه

(٤) قوله « وان قال ان دخلتها الخ » وهذا المذهب لانه إذا دخلها وجد شرط التدبير

(٥) قوله « وان قال إن ملكت الخ » إحداهما لا يصح ولا يعتق روى ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعى وابن المنذر ورواه الترمذى عن على وجابر بن عبد الله وعلى بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن

الوجهين (١) . وإن قال آخر مملوك أشتريه فهو حر وقلنا بصحة الصفة فملك عبيداً ثم مات فآخرهم حر من حين الشراء أو كسبه له(٢) وإن قال لأمته آخر

= أبيه عن جده مرفوعا « لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذى حديث حسن وهو أحسن ما روى فى هذا البـــاب ولأنه لا يملك تنجيز العتق فلم يملك تعليقه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا عتق قبل ملك» رواه أبو داود الطيالسى . والثانية يعتق اذا ملـكه وهى المذهب قدمه فى الفروع ونقله الجماعة قال القاضى اختاره أصحابنا لان العتق مقصود من الملك والنـكاح لا يقصـد به الطلاق ، وفرق أحمد بأن الطلاق ليس لله ولا فيه قربة الى الله تعالى ولأنه أضاف العتق الى حال ملك عتقه فيه أشبه ما لو كان التعليق فى ملـكه

(١) قوله « وان قاله العبد الخ » يعنى إذا قال العبد ان ملـكت فلانا فهو حر أو كل مملوك أملـكه فهو حر ثم عتق وملك على القول بصحته من الحر وهذا هو المذهب لأن العبد لا يصح منه العتق حين التعليق لـكونه لا يملك وان ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه وللسيد انتزاعه منه

[فائدة] لو قال أول عبد أملـكه فهو حر وقلنا بصحة تعليق العتق على الملك فلم يملك الا واحد فقط عتق عليه على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « فان قال آخر مملوك الخ » إذا قال ذلك فملك عبيدا لم يحـكم بعتق واحد منهم حتى يموت لأنه مادام حياً فهو يحتمل أن يشترى عبدا يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملـكه فيـكون اكتسابه له وان كان أمة كان أولادها أحرارا من حين ولدتهم وان كان وطئها فعليه مهرها لأنه وطىء حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها اذا اشتراها حتى يشترى بعدها غيرها لأنه ما لم يشتر بعدها غيرها فهى آخر فى الحال وانما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطء

[فائدتان] لو كان آخر من اشترى مملوكين معا أو علق العتق على أول مملوك يملـكه فملـكهما معا أو قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولدين خرجا معا فقيل يعتقان قدمه فى المغنى والشرح وقالا هذا قياس قول أحمد ، وقيل لا يعتقان ، وقيل يعتق واحد بالقرعة وهو الصحيح من المذهب

ولد تلدينه فهو حر فولدت حياً ثم ميتا لم يعتق الأول وإن ولدت ميتا ثم حيا عتق الثانى وإن ولدت توأمين فاشكل الآخر منهما أقرع بينهما. ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه فى أصح الوجهين[1] إلا أن تكون حاملا به حال عتقها أو حال تعليق عتقها وإن قال لعبده أنت حر وعليك الف أو على ألف عتق ولا شيء عليه[2] ، وعنه إن لم يقبل لم يعتق والصحيح فى قوله أنت حر على ألف أنه لا يعتق حتى يقبل . وإن قال أنت حر على أن تخدمنى سنة فكذلك [3]

(الثانية) اذا قال لأمته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته فى قول جمهور العلماء منهم مالك والأوزاعى والليث والثورى والشافعى . وقال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه

(١) قوله « ولا يتبع ولد المعتقة الخ » اذا كانت حاملا حال عتقها أو حال تعليق عتقها فانه يتبعها بلا خلاف أعلمه وان وجد حمل بعد التعليق ووضعته قبل وجود الصفة وهى مسئلة المصنف هنا فصحح عدم التبعية وهو المذهب لان الصفة لم تتعلق به حالة التعليق ولا فى حال العتق

[فائدة] لا يتبع الولد أمه اذا كان منفصلا حال التعليق بلا خلاف أعلمه

(٢) قوله « وان قال لعبده الخ » اذا قال لعبده أنت حر وعليك الف عتق ولا شيء عليه على الصحيح من المذهب لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضا لم يقبله فعتق ولم يلزمه الالف ، وعنه لا يعتق ان لم يقبل . واذا قال لعبده أنت حر على ألف فقدم المصنف هنا أنه يعتق مجانا بلا قبول وهو احدى الروايتين لأن «على» ليست من أدوات الشرط ولا البدل. فاشبه قوله وعليك ألف . وعنه ان قبل العبد عتق ولزمته الألف وان لم يقبل لم يعتق وهـذا المذهب قال المصنف هنا وهو الصحيح وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال أنت حر بالف ولان على تستعمل للشرط قال الله تعالى ﴿ قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمنى مما علمت رشدا ﴾ وقال ﴿ فهل نجعل لك خرجا على ان تجعـل بيننا وبينهم سدا ﴾ وقال ﴿ على أن تأجرنى ثمانى حجج ﴾

(٣) قوله « فان قال على أن تخدمنى الخ » حكم هذه حكم التى قبلها فعلى هذا ==

وقيل إن لم يقبل لم يعتق رواية واحدة

فصل

وإذا قال كل مملوك لى حر عتق عليه مدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده وشقص يملكه[1] وإن قال أحد عبدىّ حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر من حين عتقه[2] وإن مات أقرع الورثة وإن مات أحد العبدين أقرع

= اذا قبل العبد عتق فى الحال ولزمه خدمته سنة فان مات العبد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقى من الخدمة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته

(١) قوله « وان قال كل مملوك لى الخ » وهذا المذهب وكذا عبيد عبده التاجر بلا نزاع فى ذلك كله ويعتق عليه شقص يملكه مطلقا على الصحيح من المذهب لأن لفظه عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم

[فائدة] لو قال عبدى حر أو أمتى حرة أو زوجتى طالق ولم ينو معينا عتق الكل وتطلق كل نسائه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب وهذا مبنى على أن المفرد المضاف يعم وهو الصحيح من المذهب وقيل يعتق واحد بالقرعة وقيل يعتق واحد وتطلق واحدة وتخرج بالقرعة اختاره المصنف فى المغنى

(٢) قوله « وان قال أحد عبدىّ الخ » وكذا لو قال أحد عبيدى أو بعضهم حر ولم ينوه أقرع بينهم وليس للسيد التعيين ولا للورثة وهذا المذهب ، فان قال أردت هذا بعينه قبل منه وعتق لأن ذلك انما يعرف من جهته . وقال أبو حنيفة والشافعى للمعتق التعيين ويطالب بذلك فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول فان مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعيين وقد نص الشافعى على هذا . ولو قال لأمتيه احداكما حرة ولم ينو حرم وطئهما معا بدون قرعة على الصحيح من المذهب فان وطىء واحدة لم يتعين الرق فيها وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يتعين الرق فيها لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه

على قوله « من حين أعتقه » مراده أنه اذا اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده

بينه وبين الحي وان أعتق عبداً ثم أنسيه أخرج بالقرعة[1] فإن علم بعدها ان المعتق غيره عتق[2] وهل يبطل عتق الأول ؟ على وجهين

فصل

وان أعتق فى مرض موته ولم يجز الورثة اعتبر من ثلثه[3] فإن أعتق جزءا من عبده فى مرضه أو دبره وثلثه يحتمل جميعه عتق جميعه[4] وعنه لا يعتق إلا ما أعتق . وان أعتق فى مرضه شركا له فى عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه أعطى الشريك وكان جميعه حرا فى إحدى الروايتين[5] والأخرى لا يعتق الا ما ملك

---

(١) قوله « وان اعتق عبدا الخ » اما المعتق أو وارثه وهذا بلا نزاع وبه قال الليث ، وقال الشافعى يقف الأمر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم . وقال مالك ان أعتق عبدا له ومات ولم يتبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع اعيدت القرعة حتى تكمل

(٢) قوله « فان علم بعدها الخ » أحدهما يبطل عتقه وهو الصحيح من المذهب فيعتق الذى عينه ويرد الآخر الى الرق لأنه تبين له المعتق دون غيره

(٣) قوله « وان أعتق فى مرض موته الخ » أى مرض الموت المخوف لأنه تبرع بمال أشبه الهبة ولأنه ﷺ لم يجز عتق الذى اعتق ستة مملوكين فى مرضه الا ثلثهم وما زاد على الثلث ان اجازوه جاز وان ردوه بطل وكذلك التدبير والوصية بالعتق

(٤) قوله « فان أعتق جزءا الخ » وهو المذهب وهو قول أكثر الفقهاء لانه يزول التدبير كالعتق بالسراية لأنه اعتاق لبعض عبده فيعتق جميعه كما لو أعتقه فى حياته وشرطه كما ذكره أن يكون ثلث المريض يحتمله

على قوله « أو دبره فى مرضه » * بان قال اذا مت فنصف عبدى حر

(٥) قوله « وان أعتق شركا له الخ » أى يعطى الشريك قيمة باقيه بتقدير الحكم بالحرية لقوله عليه الصلاة والسلام « وأعطى شركاءه حصصهم » ويعتق جميعه وهذا المذهب لأن ملك المعتق لثلث المال تام له التصرف فيه بالتبرع وغيره فاشبه عتق الصحيح الموسر

منه . ولو أعتق فى مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بيعوا فى دينه[1] ويحتمل أن يعتق ثلثهم . وإن أعتقهم فأعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم[2] وان لم يظهر له مال جزأناهم ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءا وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمى رق فمن خرج له سهم حرية عتق ورق الباقون[3] فان كانوا ثمانية فان شاء أقرع

على قوله « والأخرى لا يعتق الا ما ملك منه » * وقال القاضى ما اعتقه فى مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه فلا فالرواية فى سراية العتق فى حال الحياة أصح والرواية فى وقوفه فى التدبير أصح لان العتق فى الحياة ينفذ فى حال ملك المعتق وصحة تصرفه فى ثلثه كتصرف الصحيح فى ماله كله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به فى حال زوال ملك المعتق وتصرفاته وهذا مذهب الشافعى

(١) قوله « ولو أعتق فى مرضه ستة أعبد الخ » وجملته أن المريض اذا أعتق عبيده أو دبرهم وهم يخرجون من ثلثه فى الظاهر فاعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبينا بطلان عتقهم فيباعون فى الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية قال على قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية ولأن الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا يباع فى قضاء الدين ، ورد ابن ابى ليلى عبدا أعتقه سيده عند الموت وعليه دين فاستحسن ذلك أحمد

على قوله « ويحتمل أن يعتق ثلثهم » * هذا رواية فعلى هذا يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقى

(٢) قوله « وان اعتقهم فاعتقنا الخ » أى إذا اعتق عبيده فى مرضه لم يعتق منهم الا الثلث ويرق الثلثان اذا لم يجز الورثة فاذا فعل ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثيهم تبينا انهم عتقوا حين أعتقهم لأنه بان انهم ثلث ماله فان تصرف فيهم ببيع ونحوه كان باطلا وان كانوا قد تصرفوا فحكمهم حكم الاحرار فلو تزوج منهم عبد بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحا ووجب عليه المهر وان ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وان كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم وعلى هذا الحساب

(٣) قوله « وان لم يظهر له مال الخ » وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان ابن عثمان ومالك والشافعى وداود وابن جرير وهو قول أكثر العلماء لقوله

بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حر وان شاء جزأهم أربعة أجزاء وأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعاد القرعة بينهم لاخراج من ثلثاه حر وان فعل غير ذلك جاز ، وان أعتق عبدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة جمعت قيمتهما وهي خمسمائة فجعلتها الثلث ثم أقرعت بينهما فان وقعت على الذي قيمته مائتان ضربته في ثلاثة ثم نسبت منه خمس المائة يكون العتق فيه خمسة أسداسه وان وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه وكل شيء يأتي من هذا فسبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وان أعتق واحدا من ثلاثة أعبد فمات أحدهم في حياته أقرع بينه وبين الحيين[1] فان وقعت على الميت رق الآخران وان وقعت على أحد الحيين عتق اذا خرج من الثلث . وان أعتق ثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في

= تعالى وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم ، وعن عمران بن حصين رضي الله عنهما أن رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم النبي ﷺ ثلاثة أجزاء فاعتق اثنين وارق أربعة وقال له قولا شديدا رواه الجماعة الا البخاري ، قال أحمد في القرعة خمس سنن وأجمعوا على استعمالها في القسمة واذا أراد الرجل السفر باحدى نسائه وكذا اذا تشاح الأولياء في التزويج أو من يتولى القصاص ، ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار مع الطلب وبذلك يبطل قول الخصم انه مخالف للقياس ، ثم لو سلم فالحجة الحديث مطلقا فعلى هذا لابد من تساوي القيمة والعدد فيهم كثلاثة أو ستة أو تسعة قيمة كل واحد منهم مثل قيمة الآخر فان كانوا متساوي العدد دون القيمة كستة أعبد قيمة اثنين ثلاثمائة ثلاثمائة واثنين مائتان مائتان واثنين مائة مائة جعلت الاثنين اللذين قيمتهما اربعمائة جزأ وكل واحد من اللذين قيمتهما مائة مع واحد من الأولين جزأ وظاهر المتن أنه لا فرق بين أن يعتقهم في دفعة أو دفعات

(١) قوله « وان اعتق واحدا من ثلاثة أعبد الخ » أي غير معين وهذا المذهب لأن القرعة يتبين بها من وقع عليه العتق فوجب أن يقرع بينهم كما لو كانوا أحياء

قول أبى بكر(١) والاولى أن يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت(٢)

باب التدبير(٣)

وهو تعليق العتق بالموت ، ويعتبر من الثلث(٤) ، ويصح من كل من تصح

قوله « وان أعتق الثلاثة الخ » قول أبى بكر هو المذهب ، فيقرع بينه وبين الحيين لأن الحرية انما تنفذ فى الثلث

(٢) قوله « والأولى الخ » أى لأن الاعتبار فى خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت انما كان له العبدان وهما كل ماله

[فائدة] وكذا الحكم ان أوصى بعتقهم فمات أحدهم بعده

(٣) [فائدة] سمى تدبيرا لأن الوفاة دبر الحياة يقال دبره تدبيرا اذا علق عتقه بموته يقال أعتقه عن دبر أى بعدالموت قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء الدين وانفاذ وصاياه وكان السيد بالغا جائز التصرف أنه يعتق

(٤) قوله « ويعتبر من الثلث » هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن على وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال قياسا على أم الولد ونقله حنبل عن الأمام ، وعنه يعتق من كل المال اذا دبره فى الصحة دون المرض ، ولنا انه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق فى الصحة فانه لم يتعلق به حق غير المعتق فنفذ فى الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاد أقوى من التدبير لأنه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير

[فائدتان] يصح تعليقه بالموت مطلقا نحو ان مت فانت حر ، ومقيدا نحو إن مت من مرضى هذا أو عامى أو بهذا البلد فانت حر ، وان قالا لعبدهما ان متنا فانت حر فهو تعليق للحرية بموتهما جميعا ولا يعتق بموت أحدهما شىء منه ولا يتبع وارثه حقه . وقال أحمد واختاره المصنف وغيره اذا مات أحدهما فنصيبه حر قال فى الإنصاف قلت وهذا المذهب

وصيته[١]، وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت[٢] ولفظ التدبير وما تصرف منها. ويصح مطلقا ومقيدا بان يقول ان مت من مرضى هذا أو عامى هذا فأنت حر أو مدبر، وان قال متى شئت فانت مدبر فمتى شاء فى حياة سيده صار مدبرا، وان قال ان شئت فأنت مدبر فقياس المذهب انه كذلك، وقال أبو الخطاب ان شاء فى المجلس صار مدبرا والا فلا. واذا قال قد رجعت فى تدبيرى أو قد أبطلته لم يبطل[٣] لانه تعليق للعتق بصفة، وعنه يبطل كالوصية

(الثانية) اذا اجتمع العتق فى المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لأن الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر، والوصية تقف على الإعتاق بعده

(١) قوله «ويصح من كل الخ» هذا المذهب لأنه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية، ويصح من الكافر ولو حربيا أو مرتدا إن تبينا ملكه له فاسلم، فان مات مرتدا بطل فى الأصح

(٢) قوله «وصريحه الخ» كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى فيصير بذلك مدبرا بلا خلاف نعلمه وكذلك ان قال أنت مدبر أو قد دبرتك فانه يصير مدبرا بمجرد اللفظ وان لم ينوه هذا منصوص الشافعى

[تنبيه] قوله «وصريحه الخ» مراده غير لفظ الأمر والمضارع

على قوله «فقياس المذهب أنه كذلك» . يعنى كمتى شئت ولا يتقيد بالمجلس، وهذا المذهب

(٣) قوله «وان قال قد رجعت فى تدبيرى الخ هـذا المذهب بلا ريب لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر

[فوائد] اعلم ان التدبير هل هو تعليق للعتق على صفه أو وصية؟ فيه روايتان الصحيح منهما وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب أنه تعليق للعتق على صفة

(الثانية) اذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته فيكون رهنا مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده

وله بيع المدبر وهبته[١] وان عاد اليه عاد التدبير[٢]، وعنه لا يباع الا فى الدين وعنه لا تباع الأمة خاصة وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها[٣] ولا

(الثالثة) اذا ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لأن ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالهبة والعتق والبيع ان كان مقدورا عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم حتى قسم لم يرد الى سيده فى احدى الروايتين ، ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره

(١) قوله « وله بيع المدبر وهبته » هذا المذهب مطلقا أى فى الدين وغيره مع الحاجة وعدمها روى نحو هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعى ، وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى ومالك لأن ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال « لا يباع المدبر ولا يشترى » ولنا ما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ من يشتريه منى فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال أنت أحوج منه متفق عليه . قال أبو اسحاق الجوزجانى صحت احاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، والخبر اذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس ، وأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر قال الطحاوى هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ . وقال مالك لا يباع الا فى دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوى الفا وكان عليه خمسمائة لم يبع

(٢) قوله « ومتى عاد اليه عاد التدبير » أى لأنه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم عاد اليه عادت الصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لانه لو وصى بشىء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشراه وهذا مذهب الشافعى

(٣) قوله « وما ولدت المدبرة الخ » الولد الحادث بعد التدبير لا يخلو من حالين أحدهما أن يكون موجودا حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتى به لأقل من ستة اشهر من حينه فيدخل بغير خلاف نعلمه كعضو من أعضائها فان بطل التدبير فى الأم لم يبطل فى ولدها لانه ثبت أصلا . الثانى أن تحمل به بعد التدبير فهو يتبع أمه مطلقا فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن =

يتبعها ولدها من قبل التدبير[1] وله اصابة مدبرته[2] فان أولدها بطل تدبيرها واذا كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز[3] فان أدى عتق وان مات سيده قبل الاداء

= المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي ونقل حنبل عنه ان ولدها عبد اذا لم يشرط المولى فظاهره انه لا يتبعها ولا تعتق بموت سيدها ولأن عتقها معلق بصفة أشبه من علق عتقها بدخول الدار . ولنا ماروى عن عمر وابنه وجابر انهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان كالاجماع فعلى هذا ان بطل التدبير فى الأم لمعنى اختص بها فقط فان لم يتسع الثلث لها جميعا أقرع بينهما

(١) قوله « ولا يتبعها الخ » هــذا المذهب لانه لا يتبعها فى العتق ولا فى الاستيلاد ففى التدبير اولى وعلم أن ولد المدبر لا يتبع أباه مطلقا على المذهب لأن الولد انما يتبع أمه فى الرق والحرية

(٢) قوله « وله اصابة مدبرته » روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وسعيد ابن المسيب وعطاء والنخعي والثورى ومالك والليث والأوزاعى والشافعى قال أحمد لا أعلم أحدا كره ذلك وسواء شرطه أو لا نص عليه وله وطء ابنتها ان لم يكن وطيء أمها على الصحيح من المذهب وعنه انه لا يجوز

(٣) قوله « واذا كاتب المدبر الخ » اذا كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز بلا نزاع وممن قال بتدبير المكاتب ابن مسعود وأبو هريرة لان التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة وكذا ان كان وصية كالو وصى بعتقه ثم كاتبه لكن لو كاتب المدبر فهل يكون رجوعا عن التدبير ان قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعا وان قلنا هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى به هل يكون رجوعا؟ فيه وجهان اشهرهما انه رجوع والمشهور فى المذهب ان كتابة المدبر ليست رجوعا عن تدبيره

على قوله « واذا كاتب المدبر » ه جاز بلا خلاف نعلمه لأنه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك اعتاقه فملك التعليق وان قيل هو وصية

على قوله « عتق » ه لان ذلك شأن المدبر

عتق ان حمل الثلث ما بقي من كتابته[(١)] والا عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما أعتق وهو على الكتابة فيما بقي[(٢)]. واذا دبر شركا له في عبد لم يسر الى نصيب شريكه[(٣)] وان أعتق شريكه سرى الى المدبر وغرم قيمته لسيده[(٤)] ويحتمل ان يسرى في الأول دون الثاني ، واذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده[(٥)] وان أعوز فعليه تمامه الا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه ، ومن أنكر

---

(١) قوله « ان حمل الثلث ما بقي من كتابته » أي لأن المدبر يعتبر في عتقه بالتدبير خروجه من الثلث وبطلت الكتابة

على قوله « بقدر الثلث » * حيث لم يخرج كله من الثلث لأن ذلك لا مانع له

على قوله « بقدر ما عتق » * لانتفاء محلها بالعتق

(٢) قوله « وهو على الكتابة الخ » أي لأن محلها لم يعارضه شيء ، فعلى هذا لو خرج نصفه من الثلث عتق نصفه وسقط نصف الكتابة وبقي نصفه والذي يحسب من الثلث انما هو قيمة المدبر وقت موت سيده لان المدبر لو لم يكن مكاتبا لاعتبرت قيمته ومتى عتق بالتدبير كان ما في يده لسيده لأنه كان له قبل العتق فكذا بعده ذكره الأصحاب قال المؤلف وعندي انه يعتق ويتبعه ولده واكسابه لان السيد لا يملك ابطال كتابته لكونها عقدا لازما من جهته وانما يملك اسقاط حقه عليه

(٣) قوله « واذا دبر الخ » أي وهو موسر وهذا المذهب لأنه تعليق للعتق بصفة فلم تسر كتعليقه بدخول الدار

(٤) قوله « وان أعتق شريكه الخ » هذا المذهب ان كان موسرا لخبر ابن عمر رضي الله عنهما

(٥) قوله « واذا أسلم مدبر الكافر الخ » اعلم أنه اذا أسلم مدبر الكافر فجزم المصنف انه لا يلزم بازالة ملكه اذا استدام تدبيره لكن لا يقر في يده وهو أحد الوجهين ، والوجه الثاني انه يلزم بازالة ملكه عنه ، فان ابى بيع عليه وهو المذهب قدمه في المغني والمحرر والشرح

[فائدة] لو أسلم مكاتب الكافر لزمه ازالة يده عنه ، فان ابى بيع عليه بلا خلاف

التدبير لم يحكم عليه الا بشاهدين[1] وهل يحكم عليه بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين العبد؟ على روايتين. واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره

باب الكتابة

وهي بيع العبد نفسه بمال في ذمته[2]. وهي مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والأمانة[3] وعنه انها واجبة واذا ابتغاها من سيده أجبر عليها، وهل تكره كتابة من لا كسب له؟ على روايتين[4] ولا تصح الا من جائز التصرف، وان

---

(١) قوله «ومن أنكر التدبير الخ» اذا أنكر السيد ولم يكن بينة فالقول قول السيد مع يمينه، فان كان للعبد بينة حكم بها ويقبل شاهدان عدلان بلا خلاف فان لم يكن له الا شاهد واحد وقال أنا أحلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي. والثانية يثبت وهو الصحيح من المذهب

(٢) قوله «وهي بيع العبد الخ» هذا بيان لمعنى الكتابة شرعا ويشترط في المال أن يكون مباحا معلوما يصح السلم فيه منجما أي نجمين فصاعدا يعلم قسط كل نجم ومدته أو منفعة مؤجلة نجمين فصاعدا كأن يكاتبه في المحرم على خدمته فيه وفي رجب أو على خياطة ثوب أو بناء حائط عينهما، وان كاتبه على شهر معين أو سنة معينة لم تصح لأنه نجم والاجماع على مشروعيتها لقوله تعالى ﴿ والذين يبتغون الكتاب ﴾ الآية

[فائدة] اذا كاتب رقيقه وله مال فهو لسيده الا أن يشترطه المكاتب في قول أكثر العلماء، وعنه للرقيق

(٣) قوله «وهي مستحبة الخ» هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأنه اعتاق بعوض فلم يجب عليه كالاستسعاء والآية محمولة على الندب

[فائدة] لا يصح كتابة المرهون على الصحيح من المذهب. وقال في الرعاية الكبرى قلت يجوز كعتقه وهو الصواب، ويجوز كتابة المستأجر

(٤) قوله «وهل تكره كتابة الخ» إحداهما وهي المذهب وهي ظاهر كلام أحمد أنها تكره وهو قول ابن عمر ومسروق والأوزاعي لأن فيها اضرارا بالمسلمين وجعله كلا وعيالا عليهم مع تفويت نفقته الواجبة على سيده، والثانية وهي =

كاتب المميز عبده باسم وليه صح[١] ويحتمل أن لا يصح وان كاتب السيد عبده المميز صح[٢] ولا تصح الا بالقبول وتنعقد بقوله كاتبتك على كذا وان لم يقل فاذا أديت الى فأنت حر[٣] ويحتمل أن يشترط قوله أو نيته . ولا تصح الا على عوض معلوم منجم نجمين فصاعدا[٤] يعلم قدر ما يؤدى فى كل نجم وقيل

= قول أكثر العلماء لا تكره لأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها ولم ينكر ذلك رسول الله ﷺ احتج به ابن المنذر

[فائدة] تقدم فى باب الحجر صحة كتابة الولى رقيق المولى عليه والكتابة فى الصحة والمرض من رأس المال على الصحيح من المذهب . وقال أبو الخطاب ومن تبعه فى المرض من الثلث ولو كاتبه فى الصحة وأسقط دينه أو أعتقه فى مرضه اعتبر خروج الأقل من رقبته أو دينه من الثلث ولو وصى بعتقه أو أبرأه من الدين اعتبر أقلهما من ثلثه ، ولو حمل الثلث بعضه عتق وباقيه على الكتابة ، ولو أقر فى المرض بقبض النجوم سالفا جاز

(١) قوله « وان كاتب المميز عبده الخ » هذا المذهب لأن تصرف المميز بأذن وليه صحيح فى غير الكتابة فكذا هنا

(٢) قوله « وان كاتب السيد الخ » بلا نزاع أى لأنه مميز والمصلحة له فى العتق بخلاصه من الرق

[فائدة] اذا كاتب الذمى عبده ثم أسلما صح وان اسلم مكاتب الذمى لم تنفسخ الكتابة ولا يجبر على ازالة ملكه فان اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لأنها لا تزيل الملك

(٣) قوله « وان لم يقل الخ » هذا المذهب لأنه صريح فى الكتابة

(٤) قوله « ولا تصح إلا على الخ » الصحيح من المذهب انها لا تصح الا على نجمين فصاعدا وان لم يعلم قدر ما يؤدى فى كل نجم لأنها عقد معاوضة كالبيع ومن شرطه أن يكون مؤجلا لان جعله حالا يفضى الى العجز عن ادائه وفسخ العقد مع أن جماعة من الصحابة عقدوها كذلك ولو جازت حالا لفعل

تصح على نجم واحد[1] وقال القاضى تصح على عبد مطلق وله الوسط[2] وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت . واذا أدى ما كوتب عليه أو أبرىء منه عتق[3] وما فضل فى يده فهو له[4] ، وعنه انه اذا ملك ما يؤدى صار حرا[5] ويجبر على أدائه[6] ، فلو مات قبل الاداء كان ما فى يده لسيده فى الصحيح عنه[7] ، وعلى الرواية الاخرى لسيده بقية كتابته والباقى

---

(١) قوله « وقيل تصح الخ » اختاره ابن أبى موسى وفى الشرح انه قياس المذهب لانه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز الى أجل واحد كالسلم واختار صاحب الفائق صحة الكتابة حالة

(٢) قوله « وله الوسط » وقاله أصحاب القاضى ، والصحيح من المذهب أنها لا تصح الا على عوض معلوم

(٣) قوله « وإذا أدى الخ » هذا المذهب لأنه لم يبق لسيده عليه شىء ولا يعتق قبل اداء جميع الكتابة على الصحيح من المذهب لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » رواه أبو داود ودل بمنطوقه أنه لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة وبمفهومه أنه اذا أداها لا يبقى عبدا

[فائدة] لو أبرأه بعض الورثة من حقه منها وكان موسرا عتق عليه كله على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وما فضل الخ » أى لأنه ماله له بدليل صحة تصرفه فيه قبل العتق

(٥) قوله « وعنه إذا ملك الخ » لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب له ما يؤدى فلتحتجب منه » رواه الخمسة وصححه الترمذى وهو من رواية نبهان مولى أم سلمة وثقه ابن حبان وتكلم فيه ابن عبد البر فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولأنه مالك لمال الكتابة أشبه ما لو أداه

(٦) قوله « ويجبر على أدائه » أى اذا امتنع من الأداء أجبره الحاكم كسائر الديون الحالة القادر عليها فان هلك ما فى يده قبل أدائه صار دينا فى ذمته مع حريته والصحيح الأول وهو قول أكثر أهل العلم

(٧) قوله « فلو مات قبل الأداء الخ » هذا مفرع على الصحيح من المذهب ==

لورثته[١] وإذا عجل الكتابة قبل محلها لزم السيد الاخذ وعتق[٢] ويحتمل أن لايلزمه ذلك اذا كان فى قبضه ضرر[٣]. ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته[٤] واذا أدى فعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله

= وهو أنه اذا ملك مايؤدى عن كتابته ولم يؤده لم يعتق ، فاذا مات قبل الأداء انفسخت الكتابة وكان ما فى يده لسيده . وان اعتق وارث موسر حقه سرى فى الأصح وضمن حق بقية الورثة

(١) قوله « وعلى الرواية الأخرى الخ » أى وهى أنه اذا ملك مايؤدى يصير حرا قبل الأداء فاذا مات قبل الأداء كان لسيده بقية كتابته والباقى لورثة الميت ولا تنفسخ الكتابة وروى عن على وابن مسعود ومعاوية وهو قول أكثر أهل العلم واختاره هنا أبو بكر وأبو الخطاب ، لكن هل يستحقه السيد حالا أو هو على نجومه ؟ فيه روايتان

(٢) قوله « واذا عجلت الكتابة الخ » شمل كلامه القبض مع الضرر وعدمه وكذا قال الامام أحمد والخرقى وأبو الخطاب والشيرازى والسامرى وغيرهم ورواه سعيد عن عمر وعثمان

(٣) قوله « ويحتمل الخ » هذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد قال القاضى والمذهب عندى أن فيه تفصيلا على حسب ما ذكرنا فى السلم واختاره المصنف فى المغنى

[فائدة) حيث قلنا باللزوم ولو امتنع السيد من قبضه جعله الإمام فى بيت المال وحكم بعتق العبد

(٤) قوله « ولا بأس أن يعجل المكاتب الخ » مثل أن يكاتبه على نجمين الى سنة ثم يقول عجل لى خمسمائة حتى اضع عنك الباقى أوقال صالحنى على خمسمائة معجلة جاز ذلك وهو قول طاوس والزهرى لان مال الكتابة غير مستقر ولا هو من الديون الصحيحة لانه لا يجبر على أدائه ولا تصح الكفالة به

[فائدة] اذا صالح المكاتب سيده عما مافى ذمته بغير جنسه صح ، الاانه لايجوز أن يصالحه على شىء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين وان صالحه عن أحد النقدين بالآخر أو عن الحنطة بشعير لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع فى الحقيقة

ارشه أو قيمته ولا يرتفع العتق[١]

فصل

ويملك المكاتب اكسابه ومنافعه والشراء والبيع والاجارة والاستئجار[٢] والسفر[٣] وأخذ الصدقة[٤] والانفاق على نفسه وولده ورقيقه[٥] وكل مافيه صلاح المال[٦] فان شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط؟

---

(١) قوله « واذا ادى الخ » هذا المذهب لانه اتلاف فاذا حكم بوقوعه لم يبطل أشبه الخلع وهو من مفردات المذهب ، وقيل يرتفع إن رده ولم يعطه البدل

(٢) قوله « ويملك المكاتب الخ » بالاجماع لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل الا باداء عوضه وهو متعذر بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء فى الأثر أن تسعة أعشار الرزق فى التجارة

(٣) قوله « والسفر » أى قريبا كان أو بعيدا لأنه من أسباب الكسب ، وقد اطلق القول فيه ، والصحيح من المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبل قدومه كالغريم الذى يحل الدين عليه قبل مدة سفره

[فائدة] يستثنى من كلام المصنف السفر للجهاد فانه لا يجوز له السفر لذلك الا باذنه على مامر فى كتاب الجهاد

(٤) قوله « وأخـــذ الصدقة » واجبة كانت أو مستحبة لأن الله تعالى أذن للمكاتبين فى الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى

(٥) قوله « والانفاق الخ » أى لأن ذلك مما لا غناء عنه ، والمراد بالولد التابع له كولده من أمته ، فان عجز ولم يفسخ سيده كتابته فتلزم النفقة لسيده وللمكاتب النفقة على ولده من أمة لسيده

(٦) قوله « وكل مافيه صلاح المال » أى يملك كل تصرف فيه صلاح المال كاداء أرش الجناية وجريان الربا بينهما وله المطالبة بالشفعة والأخذ بها من سيده ومن غيره وعليه لو اشترى المكاتب شقصا لسيده فيه شركة فله الأخذ بالشفعة من المكاتب

على وجهين[1] . وليس له أن يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجانى على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب الا باذن سيده[2] وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيده[3] ولا يكفر بالمال[4]، وعنه له ذلك باذن سيده[5]. وهل له ان يرهن أو يضارب ؟ يحتمل وجهين[6] .

---

(١) قوله « فان شرط عليه الخ » أحدهما يصح الشرط وهو المذهب لأن له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقدا معلوما وهو من مفردات المذهب ، فعلى القول بصحة الشرط اذا خالف كان لسيده تعجيزه على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وليس له أن يتزوج الخ » وهذا الصحيح من المذهب فى المسائل كلها

[فائدة] ليس للمكاتب أن يزوج رقيقه الا باذن سيده على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وولاء من يعتقه الخ » هذا المذهب مطلقا لأنه اذا ثبت له الولاء على المكاتب فلأن يثبت على من أنعم عليه المكاتب بطريق الأولى

(٤) قوله « ولا يكفر بالمال » هـــذا احدى الروايات مطلقا جزم به فى الخلاصة والوجيز والنظم وقدمه فى الشرح لأنه عبد لا يلزمه زكاة ولا نفقه قريب

(٥) قوله « وعنه له ذلك الخ » هذا المذهب لأن الحق للسيد وقد أذن فيه

(٦) قوله « وهل له الخ » الصحيح عدم الجواز ، وكذا بيعه نسأ ولو برهن وهبته بعوض لما فى ذلك من الضرر على السيد

[فوائد] ليس له أن يحج ان احتاج الى انفاق ماله فيه ، وعنه يحج ما لم يحل نجم ، وهو محمول على أنه لا يحج الا باذن سيده ، فان امكنه الحج من غير انفاق فيجوز اذا لم يأت نجمه

(الثانية) لا يجوز هديته للمأكول واعارة دوابه والتوسعة عليه فى النفقة

(الثالثة) اذا شرط الخدمة فله ذلك والا فلا نص عليه . وفى الانتصار يستمتع بجاريته ويستخدمها ويتصرف بمشيئته الا بتبرع

(الرابعة) ليس له أن يقتص لنفسه ممن جنى على طرفه بغير اذن سيده على أحد الوجهين

وليس له شراء ذوى رحمه الا باذن سيده . وقال القاضى له ذلك (١) وله أن يقبلهم اذا وهبوا له أو وصى له بهم اذا لم يكن فيه ضرر بماله ، ومتى ملكهم لم يكن له بيعهم وله كسبهم وحكمهم حكمه فان أعتق عتقوا وان رق صاروا رقيقا للسيد(٢) وكذلك الحكم فى ولده من أمته وولد المكاتبة التى ولدته فى الكتابة يتبعها(٣) وان اشترى المكاتب زوجته انفسخ نكاحها . وان استولد أمته فهل تصير أم ولد له يمتنع عليه بيعها ؟ على وجهين

---

(١) قوله « وقال القاضى له ذلك » وهذا المذهب نص عليه اذ لا ضرر فى ذلك فانه ان عجز فهم عبيد وان عتق لم يضر السيد عتقهم

على قوله « اذا لم يكن فيه ضرر بماله » * لأنه ليس فى القبول اتلاف مال ولا ضرر

(٢) قوله « وحكمهم حكمه الخ » مراده بذلك ذوو رحمة . واعلم أن المكاتب اذا عتق فلا يخلو اما أن يكون عتقه باداء مال الكتابة أو بعتق سيده له فان كان عتقه باداء الكتابة عتقوا معه بلا نزاع ، وان كان عتقه لكون سيده أعتقه فظاهر كلام المصنف أنهم يعتقون معه أيضا وهذا اختيار المصنف واليه ميل الشارح وصححه الناظم ، والصحيح من المذهب أنهم لا يعتقون بل يبقون أرقاء للسيد

على قوله « وكذلك الحكم فى ولده من أمته » * أى لأنه من ذوى رحمه وظاهره أنه لا يعتق ولده اذا كان من أمة سيده وهو الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وولد المكاتبة الخ » نص عليه أى لأن الكتابة سبب للعتق فسرى الى الولد فان عتقت باداء أو ابراء عتق معها وان عتقت بغيرهما لم يعتق ولدها على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب

على قوله « يتبعها » * وأما ما ولدته قبل الكتابة فلا يتبعها على الصحيح من المذهب

على قوله « انفسخ نكاحها » * وكذا لو اشترت المكاتبة زوجها لانه لا يجتمع ملك اليمين وملك النكاح

على قوله « فهل تصير أم ولد له » * المذهب المنصوص أنها تصير أم ولد له

فصـــل

ولا يملك السيد شيئا من كسبه(١) ولا يبيعه درهما بدرهمين(٢) وان جنى فعليه أرش جنايته(٣) وان حبسه مدة فعليه ارفق الأمرين به من إنظاره مثل تلك المدة أو أجرة مثله(٤) وليس له أن يطأ مكاتبته الا ان يشترط(٥) فان وطئها ولم يشترط أو وطىء امتها فلها عليه المهر(٦) ويؤدب(٧) ولا يبلغ به الحد وان شرط

---

(١) قوله « ولا يملك السيد الخ » لأنه اشترى نفسه ولا يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ولان الملك الواحد لا يتوارد عليه ملكان فى وقت واحد

(٢) قوله « ولا يبيعه درهما بدرهمين » يعنى أنه يجرى الربا بينهما ، وهذا المذهب لأنه مع سيده كالأجنبي فيحرم الربا الا فى مال الكتابة

(٣) قوله « وان جنى الخ » أى فلا قصاص لكن يلزمه الارش ولا يجب الا باندمال الجرح وان قتل فهدر

(٤) قوله « وان حبسه الخ » هذا أحد الوجوه وقيل يلزمه أجرة المدة وقيل يلزمه انظاره مثل المدة ولا يحتسب عليه مدة حبسه صححه المصنف والشارح وقيل يلزمه أرفقهما بمكاتبه لانه وجد سببهما فكان له أنفعهما فان قهره اجنبي لزمه أجرة مثله وان قهره أهل الحرب لم يلزم السيد إنظاره لأن الحبس له من جهته

(٥) قوله « وليس له أن يطأ إلخ » أى لأنه أزال ملكه عن استخدامها وأرش الجناية عليها فمنع من وطئها كالمعتقة الا أن يشترط فله ذلك نص عليه وهذا الصحيح من المذهب لبقاء أصل الملك وقيل له وطئها وان لم يشترط فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى

(٦) قوله « فان وطئها الخ » هذا الصحيح من المذهب لأنه عوض شيء مستحق للكتابة فكان لها كبقية منافعها وسواء أكرهها عليه أو طاوعته وقيل ان طاوعته فلا

(٧) قوله « ويؤدب » الخ أى لأنه وطىء وطئا محرما ، ولا يبلغ به الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات والمكاتبة مملوكة فى قول عامتهم وان كان أحدهما عالما تحريم ذلك والآخر جاهلا عزر العالم وعذر الجاهل

وطئها فلا مهر لها عليه ، ومتى ولدت منه صارت ام ولد له وولده حر [1] فان أدت عتقت وان مات قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها [2] الا أن يكون بعد عجزها [3] ،وقال اصحابنا هو لورثة سيدها [4] وكذلك الحكم فيما اذا أعتق المكاتب سيده . وان كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئاها فلها المهر على كل واحد منهما [5] فان ولدت من أحدهما صارت ام ولد له ويغرم

[فائدة] اذا تكرر وطئه فان كان قد أدى مهر الوطء الأول لزمه للثاني مهر وان لم يكن أدى لم يلزمه الا مهر واحد ذكره المصنف والشارح وغيرهما

(تنبيه) ليس له وطء بنت مكاتبته فان وطئها عزر ومهرها يكون لأمها تستعين به في كتابتها ، فان أحبلها صارت أم ولد له والولد حر يلحقه نسبه ولا يجب عليه قيمتها ولا قيمة ولدها على الأشهر وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فان فعل عزر وولده حر يلحقه نسبه وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ومهرها لسيدها ولا تجب قيمة ولدها على الأصح

(١) قوله « ومتى ولدت الخ » أي سواء وطئها بشرط أو بغيره

على قوله « فان أدت عتقت » . أي بالكتابة لانها عقد لازم من جهة سيدها

على قوله « عتقت » . لأنها أم ولد وقد اجتمع لها شيئان فايهما سبق عتقت به

على قوله « وسقط ما بقي من كتابتها » . لأنها عتقت بغير الكتابة

(٢) قوله « وما في يدها لها » ذكره القاضي وابن عقيل لأن العتق اذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها

(٣) قوله « الا ان يكون بعد عجزها » أي فيكون للسيد لأنها قد عادت الى ملكه بالعجز

(٤) قوله « وقال أصحابنا الخ » هذا الخلاف راجع الى قوله وما في يدها لها لا الى قوله الا ان يكون بعد عجزها فان المذهب اذا كان ما في يدها بعد عجزها فانه يكون لسيدها واما قبل العجز فالمذهب ماقاله الأصحاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاد

على قوله « وكذلك الحكم فيما اذا اعتق المكاتب سيده » . أو اعتق السيد مكاتبته

(٥) قوله « وان كاتب اثنان الخ » أي لأن الوطء يوجب المهر وقد وجد =

لشريكه نصف قيمتها[١] وهل يغرم نصف قيمة ولدها ؟ على روايتين[٢]. وان اتت بولد فالحق بها صارت أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما وباقيها بموت الآخر ، وعند القاضى لا يسرى استيلاء أحدهما الى نصيب شريكه الا ان يعجز[٣] فينظر حينئذ فان كان موسرا قوم على نصيب شريكه[٤] والا فلا[٥]

فصل

ويجوز بيع المكاتب[٦] . ومشتريه يقوم مقام

= ذلك منهما فان كانت بكرا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب ، فان أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها وقيل قدر نقصها وقال القاضى يلزمه قيمتها وهو مبنى على الواجب فى افضاء الحر

(١) قوله « ويغرم نصف قيمتها » أى قنا لأنه فوت عليه رقها فان كان موسرا أداه وان كان معسرا ففى ذمته لأن الاحبال أقوى من العتق

(٢) قوله « وهل يغرم الخ » المذهب انه لا يلزمه لأنها وضعته فى ملكه والولد حر

(٣) قوله « إلا أن يعجز » أى لأن المكاتبة انعقد فيها سبب الحرية ولمكاتبها عليها الولاء وفى السراية إبطال لذلك

(٤) قوله « فان كان موسرا الخ » أى لأن استيلاء الموسر موجب للسراية فى الرقيق وحينئذ فنصفها أم ولد ونصفها موقوف فان أدت عتقت وإن عجزت فسخت الكتابة وقومت على الواطىء وصار جميعها أم ولد

(٥) قوله « والا فلا » أى اذا كان الواطىء معسرا لم يسر إحباله الى نصيب شريكه لأنه اعتاق فلم يسر مع الإعسار كالعول ويصير نصفها أم ولد ، فان عجزت استقر الرق فى نصفها وثبت حكم الاستيلاد لنصفها

(٦) قوله « ويجوز بيع المكاتب » هذا المذهب المنصوص نقله الجماعة عن أحمد وقدموه وهو من مفردات المذهب وممن قال بجواز بيعه عطاء والنخعى والليث وابن المنذر وهو قديم قول الشافعى لما روت عائشة قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبت أهلى على تسع أواق كل عام أوقية فاعينينى . فقالت عائشة ان أحب =

المكاتب [1] فان أدى اليه عتق وولاؤه له وان عجز عاد قنا له وان لم يعلم أنه مكاتب فله الرد أو الارش . وعنه لا يجوز بيعه [2]. وان اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الثاني [3] سواء كانا لواحد

= أهلك أن اعدها لهم عدة ويكون ولاؤك لى فعلت فعرضت عليهم ذلك فابوا فذكرت عائشة ذلك لرسول الله ﷺ فقال «لا يمنعك ذلك ابتاعى واعتقى» متفق عليه قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبى ﷺ وهى مكاتبة ولم ينكر ذلك ولا وجه لمن انكره ولا أعلم خبرا يعارضه ولا اعلم فى شىء من الاخبار دليلا على عجزها

(١) قوله « ومشتريه الخ » أى لأنه بدل عنه ، وفيه إشعار بان الكتابة لا تنفسخ بالبيع وهو كذلك بغير خلاف نعلمه

[فائدة] حكم هبته والوصية به حكم بيعه على الصحيح من المذهب ، وعنه لا يجوز

على قوله « وولاؤه له » ، لان المشترى هو المعتق لقوله ﷺ « انما الولاء لمن اعتق » وقد دل على ذلك حديث بريرة

على قوله « وان عجز عاد قناً له » ، حكمه مع بائعه كذلك

على قوله « فله الرد » ، وأخذ الثمن

(٢) قوله وعنه لا يجوز بيعه » أى لانه عقد يمنع استحقاق الكسب فمنع البيع كالذى لا يقع فيه ، وعنه المنع باكثر من كتابته

[فائدة] لا يصح بيع الدين الذى على المكاتب من نجومه . وبه قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لأن السيد ملكها فى ذمة المكاتب فجاز بيعها ولنا أنه دين غير مستقر فلم يجز كبيع دين السلم لأنه متعرض للسقوط بعجز المكاتب فعلى هذا ان سلم المكاتب نجومه الى المشترى فقيل يعتق ويبرأ المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشترى بما قبضه وقيل لا يعتق رجحه فى الشرح ومال الكتابة باق فى ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشترى بما دفعه اليه ويرجع المشترى على البائع فان سلم المشترى الى البائع لم يصح تسليمه لأنه قبضه بغير اذن المكاتب أشبه ما لو اخذه من ماله بغير اذنه

(٣) قوله « وان اشترى الخ » وهذا بلا نزاع على القول بجواز بيع =

أو لاثنين وان جهل الاول منهما فسد البيعان وان أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل وأحب سيده أخذه أخذه بما اشتراه[1] والا فهو عند مشتريه مبق على مابقى من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه له

فصـــل

وان جنى على سيده أو أجنبي فعليه فداء نفسه مقدما على الكتابة[2] وقال

= المكاتب لأن العبد لا يملك سيده لأنه يفضى الى تناقض الأحكام لأن كل واحد يقول لصاحبه أنا مولاك وولاؤك لى وان عجزت صرت لى رقيقا

(١) قوله « وان أسر العدو المكاتب الخ » اذا أسر الكفار مكاتبا ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان اخذ فى الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وهو على كتابته كمن لم يؤسر وان لم يدركه حتى قسم وصار فى سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فان السيد أحق به بالثمن الذى ابتاعه وفيما اذا كان غنيمة انه اذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال . وقال أبو حنيفة والشافعى لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد الى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة الشافعى فى المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما . وهذا مبنى على ثلاث قواعد الأولى ان الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر، الثانية ان من وجد ماله من مسلم ومعاهد بيد من اشتراه منهم فهو أحق به بثمنه وهذا المذهب فيهما على ما تقدم محررا فى باب قسمة الغنائم ، الثالثة ان المكاتب يصح نقل الملك فيه وهو المذهب على ما تقدم

على قوله « أخذه بما اشتراه » * ويكون باقيا على كتابته

(٢) قوله « وان جنى على سيده الخ » اذا جنى جناية موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدى من المال الذى فى يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والأوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور . اذا ثبت هذا فانه يبدأ باداء الجناية قبل اداء الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل نص عليه وهذا المذهب لان ارش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب أن يقدم ههنا

أبو بكر يتحاصان. وان عتق فعليه فداء نفسه[١] وان عجز فلسيده تعجيزه ان كانت الجناية عليه[٢] وان كانت على أجنبي ففداه سيده والا فسخت الكتابة وبيع فى الجناية[٣]، وان أعتقه السيد فعليه فداؤه، والواجب فى الفداء أقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته. وقيل يلزمه فداؤه بارش الجناية كاملة وان لزمته ديون تعلقت بذمته يتبع بها بعد العتق[٤]

فصل

والكتابه عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار[٥] ولا يملك أحدهما فسخها

على قوله « فداء نفسه » * أى بقيمته

(١) قوله « وان اعتق الخ » أى اذا أدى مبادرا وليس محجورا عليه عتق واستقر الفداء عليه ويكون الأرش فى ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه باقل الأمرين من قيمته أو ارش جنايته وان كان الاداء بعد الحجر لم يصح ووجب رجوعه الى ولى الجناية وهذا المذهب، وان اعتقه السيد فعليه فداؤه

(٢) قوله « وان عجز فلسيده الخ » اى لأن الأرش حق له فكان له تعجيزه اذا عجز عنه كمال الكتابة

(٣) قوله « وان كانت على اجنبي الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب، لأن حق المجنى عليه مقدم على حق السيد

(٤) قوله « وان لزمته ديون الخ » أى ديون معاملة فلا يملك غريمه تعجيزه هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وعنه تتعلق برقبته وعنه تتعلق بذمته ورقبته معا قال فى المحرر وهو أصح عندى

[فائدة] قال المصنف والشارح اذا كان عليه ديون مع دين الكتابة ومعه مال يفى بذلك فله أن يبدأ بما شاء وان لم يف بها مامعه وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح وان كان بعضها مؤجلا فعجله بأذن سيده جاز والا فلا

(٥) قوله « والكتابة عقد لازم الخ » هذا المذهب لأنها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة ان الحظ لعبده

ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل(١). ولا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه، ويعتق بالاداء الى سيده أو الى من يقوم مقامه من الورثة وغيرهم فان حل نجم فلم يؤده فلسيده الفسخ(٢)، وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان(٣)، وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت. وليس للعبد فسخها بحال(٤) وعنه له ذلك ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح ويحتمل ان لا ينفسخ حتى يعجز. ويجب على سيده ان يؤتيه ربع مال الكتابة(٥) ان شاء وضعه عنه وإن شاء قبضه ثم دفعه اليه، وان أدى اليه ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه(٦) وظاهر قول الخرقي انه لا يعتق حتى يؤدى

---

(١) قوله «ولا يجوز تعليقها الخ» أي كسائر عقود المعاوضات وقيل يصح العقد دون الشرط وكذا كل شرط فاسد فيها

على قوله «ولا تنفسخ بموت السيد» * لا نعلم فيه خلافا

على قوله «ولا الحجر عليه» * لأنها عقد لازم فلم تنفسخ بشيء من ذلك كالبيع

(٢) قوله «فان حل نجم الخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة والشافعي لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه

(٣) قوله «وعنه الخ» هذا ظاهر الخرقي، وقال القاضي هو ظاهر كلام أصحابنا روى ذلك عن الحكم وابن أبي ليلى وأبي يوسف والحسن بن صالح لما روى عن علي قال: لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان

(٤) قوله «وليس للعبد فسخها» هذا المذهب لأنها سبب الحرية وفيها حق لله

(٥) قوله «ويجب على سيده الخ» هذا المذهب وهو من مفرداته رواه أبو بكر عن علي مرفوعا وروى موقوفا واوجبه الشافعي من غير تقدير وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب ولنا قوله تعالى ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ فظاهر الأمر الوجوب، قال علي ضعوا عنهم ربع مال الكتابة، وعن ابن عباس قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئا

(٦) قوله «فان أدى ثلاثة أرباع الكتابة الخ» أي لأنه يجب رده اليه =

جميع الكتابة (١)

فصل

واذا كاتب عبيدا له كتابة واحدة بعوض واحد صح (٢) ويقسط العوض

= فلا يرد الى الرق لعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فيه وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال اذا أصاب المكاتب حدا أو ميراثا ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى عن عمر وعلي أنه اذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعي وقال عبد الله بن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم

(١) قوله « وظاهر الخرقي الخ » هذا المذهب وروى الاثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروى ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد حدثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه أبو داود وروى سعيد باسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالقدر المتفق عليه ولأنه لو عتق بعضه لسرى الى باقيه كما لو باشره بالعتق ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وان وجب رد البعض اليه كما اذا قال اذا أديت الى فانت حر وقه على رد بعضها فانه لا يعتق حتى يؤديها وان وجب رد بعضها

(٢) قوله « وان كاتب عبيدا الخ » هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي ، لأن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد

بينهم على قدر قيمتهم[١] ويكون كل واحد منهم مكاتبا بقدر حصته يعتق بادائها ويعجز بالعجز عنها وحده ، وقال أبو بكر العوض بينهم على عددهم ولا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع الكتابة واذا اختلفوا بعد الاداء فى قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعى اداء الواجب عليه[٢] ويجوز أن يكاتب بعض عبده فاذا أدى عتق كله[٤] ويجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير

---

(١) قوله « ويقسط الخ » هذا المذهب وتقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق ، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعى واسحاق

[فائدة] لو شرط عليهم فى العقد ضمان كل واحد منهم عن الباقين فسد الشرط وصح العقد قدمه فى المغنى والشرح وعنه صحة الشرط . وقال الشافعى العقد والشرط فاسدان لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لأن السيد انما رضى بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد . وقال أبو حنيفة ومالك العقد والشرط صحيحان لأنه من مقتضى العقد عندهما . ولنا أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فلم يصح ضمانه ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلايلزم الضامن وأما العقد فصحيح بدليل أن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسنذكره بعد ان شاء الله

(٢) قوله « وان اختلفوا الخ » وهو إذا أدوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته أدينا على قدر قيمتنا وقال الآخر أدينا على السواء فبقيت لنا على الأكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال القول قول من يدعى التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده وجهان أحدهما القول قول من يدعى التسوية الثانى القول قول من يدعى اداء قدر الواجب عليه

(٣) قوله « ويجوز أن يكاتب بعض عبده الخ » أى لأنها معاوضة فصحت فى بعضه كالبيع ويعتق كله اذا أدى لأنه اذا سرى فيه العتق الى ملك غيره فالى ملكه أولى فان كان كاتب نصفه أدى الى سيده مثلى كتابته لأن نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق الا أن يرضى سيده بتأدية الجميع عنه فيصح

اذن شريكه[1] فاذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله[2] ان كان الذى كاتبه موسرا وعليه قيمة حصة شريكه ، فان أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله ان كان موسرا وعليه قيمة نصيب المكاتب[3] وقال القاضى لا يسرى الى النصف المكاتب الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ[4] ، وان كاتبا عبدهما جاز سواء كان على التساوى أو التفاضل[5] ، ولا يجوز ان يؤدى اليهما إلا على

---

(١) قوله « ويجوز كتابة حصته الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب وهو قول الحكم وابن أبى ليلى لأنها عقد معاوضة فجاز بغير اذنه كالبيع

(٢) قوله « فاذا أدى الخ » وجملته أن أحد الشريكين اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذى كاتبه وليس للعبد أن يؤدى لمكاتبه شيئا حتى يؤدى لشريكه مثله سواء أذن الشريك فى كتابته أولم يأذن لأنه انما أذن فى كتابة نصيب شريكه ، وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقيا ، هذا اذا كان الكسب لجميعه فان أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لأن الكتابة الصحيحة تقتضى العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ماليس له ، وان أدى اليهما جميعا عتق كله لأن نصفه يعتق بالأداء ، فاذا عتق سرى الى سائره ان كان الذى كاتبه موسرا ويلزمه قيمة نصيب شريكه لأن عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره

على قوله « فاذا أدى ما كوتب عليه الخ » هذا صحيح ، لكن يكون لسيده من كسبه بقدر ما كوتب منه على الصحيح من المذهب ، وعنه يوما ويوما

(٣) قوله « وان أعتق الشريك الخ » هذا المذهب نص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له فى عبد » وهذا داخل فى عمومه وعلى المذهب يضمن قيمة حصة شريكه مكاتبا وظاهره أنه اذا كان معسرا عتق نصيبه وباقيه على الكتابة فان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقا الا على رواية الاستسعاء

(٤) قوله « وقال القاضى الخ . أى لأنه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز إبطاله الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ لانه قد عاد قنا فلا يفضى الى المحذور المذكور

(٥) قوله « وان كاتبا عبدهما الخ » أى لأنها عقد معاوضة فجاز من الشريكين متساويا ومتفاضلا كالبيع

التساوى[1] فاذا كمل أداؤه الى أحدهما قبل الآخر عتق كله عليه ، وان أدى الى أحدهما دون صاحبه لم يعتق الا أن يكون باذن الآخر فيعتق[2] ويحتمل أن لا يعتق[3]

فصل

واذا اختلفا فى الكتابة فالقول قول من ينكرها ، وان اختلفا فى قدر عوضها فالقول قول السيد فى احدى الروايتين ، وان اختلفا فى وفاء مالها فالقول قول السيد فان أقام العبد شاهدا وحلف معه أو شاهدا وامرأتين ثبت الاداء وعتق

فصل

والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير يغلب فيها حكم الصفة فى أنه اذا أدى عتق ، ولا يعتق بالابراء ، وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه ولكل واحد منهما فسخها ، ويملك السيد أخذ ما فى يده وان فضل عن الاداء فضل فهو لسيده ، وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها ؟ على وجهين وقال أبو بكر لا تنفسخ بالموت ولا الجنون ولا الحجر ، ويعتق بالاداء الى الوارث

---

(١) قوله « ولا يجوز أن يؤدى الخ » يعنى على قدر الملك فيتساويان فى الأداء بغير خلاف نعلمه ، فان قبض أحدهما دون الآخر شيئا لم يصح وللآخر أن يأخذ حصته اذا لم يكن أذن فى القبض

على قوله « عتق كله عليه » * لأن نصيبه يعتق بالأداء فيسرى الى نصيب شريكه

على قوله « لم يعتق » * لأن العتق لا يحصل بأداء مال الغير

(٢) قوله « الا أن يكون باذن الآخر فيعتق » أى لأن المكاتب محجور عليه لحق السيد فاذا أذن له صح الأداء

(٣) قوله « ويحتمل الخ » أى لأن حق السيد فى ذمة المكاتب وما فى يد المكاتب ملك له فاذا أذن السيد فيه لم ينفذ

باب أحكام أمهات الاولاد

واذا علقت الأمة من سيدها فوضعت منه ما يتبين فيه بعض خلق الانسان صارت له بذلك أم ولد(١) فاذا مات عتقت وان لم يملك غيرها(٢)، وان وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين(٣). وان أصابها فى ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملا عتق الجنين ولم تصر أم ولد(٤)، وعنه تصير(٥). وأحكام

---

(١) قوله « واذا علقت الأمة الخ » يقول يشترط لكونها أم ولد شرطان: أحدهما أن تحمل منه فى ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم أى سواء كانت فراشا أو مزوجة، وهذا المذهب جزم به فى المغنى والشرح وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب وقدمه فى الفروع، وعنه فيمن أولد أمته المزوجة أنه لا يلحقه الولد. الثانى أن تضع ما يتبين فيه بعض خلق الانسان حيا كان أو ميتا أسقطته أو كان تاما وروى الاثرم عن ابن عمر قال أعتقها ولدها وان كان سقطا وروى الدارقطنى باسناد ضعيف عن ابن عباس مرفوعا نحوه لا نعلم فيه خلافا بين القائلين بثبوت الاستيلاد

(٢) قوله « فاذا مات الخ » هذا بلا نزاع. ومحل هذا اذا لم يجز بيعها على المذهب لأنها تعتق من رأس المال، وأما إن جاز بيعها فقطع المصنف وغيره بأنها لا تعتق بموته

(٣) قوله « وان وضعت جسما الخ » إحداهما لا تصير بذلك أم ولد وهو المذهب لأن ذلك ليس بولد وعتقها مشروط بصيرورتها أم ولد فعلى هذا لا تنقضى به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة

[فائدة] اذا عتقت بموت سيدها فما فى يدها لورثة سيدها. وقال ابن حمدان بل لها، وذكر السامرى روايتين

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف انها لا تصير أم ولد بوضع علقة وهو صحيح وهو المذهب وعنه تصير أم ولد

(٤) قوله « وان أصابها فى ملك غيره الخ » هذا المذهب سواء ملكها حاملا فولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتها لأنها لم تعلق فى ملكه أشبه ما لو اشتراها بعد الوضع

(٥) قوله « وعنه الخ » أى لأن حرية البعض أثر فى تحرير الجميع بدليل

ام الولد أحكام الأمة فى الاجارة والاستخدام والوطء وسائر امورها[1] الا فيما ينقل الملك فى رقبتها كالبيع والهبة والوقف أو ما يراد له كالرهن[2]، وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه[3]. ثم ان ولدت من غير سيدها

= ما لو أعتق بعضها . قال أحمد ما سمعنا فيه أنها لا تصير أم ولد حتى تلد فى ملكه. لكن قال المصنف لم أجد هذه الرواية عن أحمد انما نقل مهنا عنه الوقف ، وعنه تصير ام ولد اذا ملكها حاملا

(١) **قوله** « و أحكام أم الولد الخ » أى كالتزويج والعتق ونحوه من أحكام الاماء لما روى ابن عباس مرفوعا قال من وطىء أمته فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواه أحمد وابن ماجه ، وفى لفظ أيما امرأة ولدت من سيدها فهى معتقه عن دبر منه أو قال من بعده رواه أحمد فدل على أنها باقية على الرق

(٢) **قوله** « الا فيما ينقل الملك الخ » لما روى ابن عمر مرفوعا « انه نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها السيد مادام حيا واذا مات فهى حرة » رواه الدارقطنى ورواه مالك فى الموطأ والدارقطنى من طريق آخر عن ابن عمر عن عمر من قوله وهو أصح قاله المجد ، وعن ابن عباس قال ذكرت أم ابراهيم عند النبى ﷺ فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وهذا مذهب الجمهور وقد حكى الموفق إجماع الصحابة على ذلك ، ولا يقدح فى صحة هذه الحكاية ما روى عن على وابن عباس من الجواز لأنه قد روى عنهم الرجوع كما حكى ذلك ابن رسلان فى شرح السنن واخرج عبد الرازق باسناد صحيح عن على انه رجع عن رأيه الآخر الى قول جمهور الصحابة وأخرج أيضا عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيى ورأى عمر فى أمهات الأولاد أن لا يبعن ثم رأيت بعد أن يبعن قال عبيدة فقلت له فرأيك ورأى عمر فى الجماعة أحب الى من رأيك وحدك فى الفرقة وهذا الاسناد معدود فى أصح الأسانيد

(٣) **قوله** « وعنه ما يدل الخ » وهو قول ابن عباس وابن مسعود وابن الزبير والمزنى وداود واختاره الشيخ تقى الدين قال فى الفائق وهو أظهر قال فعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها ان كان لها ولد أو بعضها مع عدم سعته ولو لم يكن لها =

فلولدها حكمها فى العتق بموت سيدها[1] سواء عتقت او ماتت قبله ، وان مات سيدها وهى حامل منه فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين[2]. واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها[3]، وعنه عليه فداؤها بارش الجناية كله

= ولد فكسائر رقيقه لما روى أبو الزبير عن جابر أنه سمعه يقول : كنا نبيع سرارينا أمهات أولادنا والنبى ﷺ فينا حى لا نرى بذلك بأسا رواه أحمد وابن ماجه ، وعن عطاء عن جابر قال بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا رواه أبو داود قال فى الفنون ويجوز البيع لأنه قول على وغيره واجماع التابعين لا يرفعه قال بعض العلماء انما وجه هذا أن يكون ذلك مباحا ثم نهى عنه ولم يظهر النهى لمن باعها ولا علم أبو بكر بمن باع فى زمانه لقصر مدته واشتغاله باهم أمور الدين ، ثم ظهر ذلك زمن عمر فاظهر النهى والمنع ، وهذا مثل حديث جابر أيضا فى المتعة

(١) قوله « ثم ان ولدت الخ » يعنى اذا ولدت من زوج أو غيره بعد أن صارت أم ولد من سيدها وسواء عتقت أمه قبل موت السيد أو ماتت فى حياة السيد فان حكم الولد حكمها ان مات سيدها عتق معها لأن الولد تبع لأمه فى الحرية والرق فتبعها فى سبب الحرية ، قال احمد قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم فى هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد الا أن عمر بن عبد العزيز قال : هم عبيد ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها إلا أنه لا يجوز للسيد أن يستمتع ببناتها لانه دخل بامهن

[تنبيه] ظاهر قوله ثم ان ولدت أن الولد لو كان موجودا قبل ايلادها من سيدها لا يعتق بموت السيد وهو صحيح المذهب

(٢) قوله « وان مات الخ » هذا مبنى على الخلاف فى نفقة الحامل فان قلنا هى للحمل كما هو الصحيح من المذهب فلا نفقة لها لأن الحمل له نصيب فى الميراث فتجب نفقته فى نصيبه ، وان قلنا للحامل فلها النفقة لأنه شغلها بحمله

(٣) قوله « واذا جنت الخ » أى بالأقل منهما وهذا المذهب ، أى لأنه يمتنع عليه بيعها فان ماتت قبل فدائها فلا شىء على سيدها لأن أرش جنايتها متعلق برقبتها وان نقصت قيمتها قبله أيضا وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء وان زادت قيمتها زاد فداؤها حال حملها فعليه قيمتها حاملا

وان عادت فداها ايضا[١] وعنه يتعلق ذلك بذمتها . وان قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص[٢] وان عفوا على مال أو كانت الجناية خطــأ فعليها قيمة نفسها[٣] وتعتق فى الموضعين[٤] ولا حد على قاذفها ، وعنه عليه الحد

فصل

اذا أسلمت أم ولد الكافر أو مدبرته منع من غشيانها وحيل بينه وبينها وأجبر على نفقتها ان لم يكن لها كسب ، فان أسلم حلت له وان مات قبل ذلك

---

(١) قوله «وان عادت الخ» هذا المذهب لأنها ام ولدجانية فلزمه فداء كالأول [فائدة] قال المصنف والشارح ان جنت جنايات وكانت كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن على السيد فى الجنايات كلها الاقيمتها أو أرش جميعها وعليه الأقل منهما ويشترك المجنى عليهم فى الواجب لهم فان لم يف تحاصوا

على قوله « يتعلق ذلك بذمتها » * أى يتعلق الفداء الثانى بذمتها تتبع به بعد العتق فدمه فى الترغيب حذارا من اضرار السيد

(٢) قوله « وان قتلت سيدها » هذا مقيد بما اذا لم يكن لها منه ولد فان كان لها منه ولد لم يجب القصاص على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأنه ورث بعض الدم وحينئذ اذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها

(٣) قوله « وان عفوا على مال الخ » هذا احدى الروايتين وهو قول القاضى والمصنف لأن الجناية وجدت منها وهى مملوكة فوجب عليها قيمة نفسها والصحيح من المذهب أنه يلزمها الأقل من قيمتها أو ديته نص عليه

(٤) قوله « وتعتق الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن المقتضى لعتقها قد زال لا يقال ينبغى ان لا تعتق كالقاتل لا يرث لأنه يلزم نقل الملك فيها وأنه ممتنع قال الزركشى : فيما عللوه به نظر لأن الاستيلاد كما أنه سبب العتق بعد الموت كذلك النسب سبب للأرث فكما جاز تخلف الإرث مع قيام السبب بالنص فكذلك ينبغى أن يتخلف العتق مع قيام سببه لأنه مثله ، وقد قيل فى وجه الفرق ان الحق وهو الحرية لغيرها فلا تسقط بفعلها بخلاف الإرث فانه بمحض حقها

على قوله « ولا حد على قاذفها » * هذا المذهب وعليه الأصحاب

عتقت، وعنه أنها تستسعى فى حياته وتعتق. واذا وطىء أحد الشريكين الجارية فأولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فان كان معسرا كان فى ذمته فان وطئها الثانى بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها فان كان عالما فولده رقيق وان جهل ايلاد شريكه أو أنها صارت أم ولد له فولده حر وعليه فداؤه يوم الولادة ذكره الخرقى، وعند القاضى وأبى الخطاب ان كان الاول معسرا لم يسر استيلاده وتصير أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما، وان أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين

على قوله «وحيل بينه وبينها» * بلا نزاع ومقتضى ذلك أن ملكه باق عليهما وأنهما لم يعتقا أما أم الولد فهو المذهب لأن عتقها مجانا فيه اضرار بالسيد

على قوله «ان لم يكن لها كسب» * وهذا المذهب لأنها ملكه

على قوله «فاذا وطىء أحد الشريكين الجارية» * حرم بغير خلاف نعلمه وأدب قال الشيخ تقى الدين وقدح فى عدالته

على قوله «وعليه قيمة نصيب شريكه» * فقط على الصحيح من المذهب، وعنه مع نصف المهر نصف قيمة الولد

على قوله «فان كان معسرا كان فى ذمته» * كما لو كانت خالصة موسرا كان أو معسرا لأن الايلاد أقوى من الاعتاق

على قوله «فعليه مهرها» * لأنه وطىء أمة غيره لأن نصفه انتقل الى الواطىء الأول بالاستيلاد

على قوله «فولده رقيق» * كوطء الأمة الأجنبية

على قوله «وعليه فداؤه» * لأنه من وطء شبهة

على قوله «لم يسر استيلاده» * كالعتق ولما فيه من الضرر اللاحق المالك ولأنه لو أعتق نصفه من العبد المشترك لم يسر مع الاعسار فكذا مع الاستيلاد

آخر الجزء الثانى ويليه إن شاء الله الجزء الثالث وأوله كتاب النكاح

والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله على خير خلقه وصفوة أنبيائه ورسله نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا الى يوم الدين

فهرس

الجزء الثاني من (المقنع) وحاشيته

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة



المطبعة السلفية ومكتبتها
٢١ شارع الفتح بالروضة تليفون ٨٩٨٣٦٤